INTERCULTURALIDAD, PROTECCIÓN DE LA NATURALEZA Y CONSTRUCCIÓN DE PAZ

Manuel Alberto Restrepo Medina
—Editor académico—



Jurisprudencia

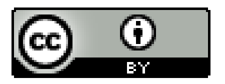




Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz

Manuel Alberto Restrepo Medina (ed.)

RESTREPO MEDINA, M. A., ed. *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz* [online]. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020, 522 p. ISBN: 978-958-784-454-2. Available from: Available from: https://books.scielo.org/id/nx7x4/. https://doi.org/10.12804/tj9789587844535.




Universidad del
Rosario

Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz

Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz

Resumen

Este libro es producto de un proyecto Erasmus+ Capacity Building financiado por la Unión Europea y ejecutado por investigadores vinculados a ocho universidades de Italia, Francia, España, Colombia y Ecuador. El propósito de este libro es plantear la correlación existente entre la necesidad de la protección de la naturaleza como solución de fondo a los conflictos ambientales y las situaciones de superación de la violación sistemática de los derechos humanos que se presentan, precisamente, en los países de mayor riqueza natural, cuya conexión en procura de una respuesta se da desde la interculturalidad, que permite entender los dos fenómenos analizados desde perspectivas distintas a la construcción occidental de la ciencia y el derecho, que sirve para ampliar los referentes académicos más habituales y, por lo tanto, contribuye al fortalecimiento de los valores propios de la democracia contemporánea, en la medida en que este enfoque invita a valorar igualitariamente todos los modos de elaboración y apropiación del conocimiento.

Palabras clave: interculturalidad, diversidad, pluralismo, derechos de la naturaleza, conflictos ambientales, violencia, justicia transicional.

Interculturality, nature protection, and peace building

Abstract

This book is the product of an Erasmus+ Capacity Building project funded by the European Union and carried out by researchers linked to eight universities in Italy, France, Spain, Colombia, and Ecuador. This book aims to suggest an existing correlation between the need for nature protection as a basic solution to environmental conflicts, and situations of overcoming the systematic violation of human rights that occur, precisely, in countries of greater natural wealth. This connection in search of an answer is based on interculturality, which allows understanding the two phenomena analyzed here from perspectives different from the Western construction of science and law; this helps to expand the most common academic models and, therefore, contributes to strengthening the values of contemporary democracy, given that this approach invites to value equally all the ways of making and appropriating knowledge.

Keywords: interculturality, diversity, pluralism, rights of nature, environmental conflicts, violence, transitional justice.

Citación sugerida / Suggested citation
Restrepo Medina, Manuel Alberto (ed.), *Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz,* Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, D. C., 2020.
https://doi.org/10.12804/tj9789587844535

Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz

Manuel Alberto Restrepo Medina
—*Editor académico*—

Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz / Manuel Alberto Restrepo Medina, editor académico. -- Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2020.

xiv, 522 páginas.

Incluye referencias bibliográficas.

1. Multiculturalismo. 2. Pluralismo jurídico. 3. Protección del medio ambiente. 4. Derechos humanos - Aspectos culturales. 5. Cultura de paz. I. Milani, Giammaria. II. Tusseau, Guillaume. III. Bagni, Silvia. IV. Pavani, Giorgia. V. Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel. VI. Narváez Quiñónez, Iván. VII. Muñoz Ávila, Lina . VIII. Ramírez Gallegos, Franklin. IX. Javier Díaz Revorio, Francisco. X. Rodríguez Caguana, Adriana. XI. Restrepo Medina, Manuel Alberto. XII. Luna Blanco, Tania. XIII. Estupiñán Achury, Liliana. XIV. Forero Salcedo, José Rory. XV. Universidad del Rosario. XVI. Título.

340.1 SCDD 20

Catalogación en la fuente — Universidad del Rosario. CRAI

JAGH Mayo 21 de 2020

Hecho el depósito legal que marca el Decreto 460 de 1995



Primera edición: Bogotá D. C., 2020

ISBN: 978-958-784-452-8 (impreso)
ISBN: 978-958-784-453-5 (ePub)
ISBN: 978-958-784-454-2 (pdf)
https://doi.org/10.12804/tj9789587844535

Coordinación editorial: Editorial Universidad del Rosario
Corrección de estilo: Ludwing Cepeda Aparicio
Diseño de cubierta: Miguel Ramírez, Kilka D. G.
Diagramación: Martha Echeverry
Impresión: Xpress. Estudio Gráfico y Digital S.A.S.

Editorial Universidad del Rosario
Carrera 7 Nº 12B-41, oficina 501
Teléfono 297 02 00 Ext. 3112
editorial.urosario.edu.co

Impreso y hecho en Colombia
Printed and made in Colombia

Contenido

Introducción

La presente obra colectiva es el resultado de las contribuciones realizadas por los investigadores de ocho universidades de Italia, Francia, España, Colombia y Ecuador, vinculados al Proyecto Erasmus+ Capacity Building 2017-2020 "Nuevo programa de posgrado para la formación de Operadores Transnacionales e Interculturales para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz en la Comunidad Andina", cofinanciado por la Unión Europea.

El libro presenta los resultados de las principales líneas investigativas desarrolladas por los miembros del proyecto y su contenido se ha organizado en tres partes, que corresponden a los ejes temáticos que han ocupado las reflexiones académicas del objeto de estudio (interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de la paz), los cuales se proponen tanto como un aporte científico sobre un tema muy complejo y estimulante para el constitucionalismo del siglo XXI, como un manual para la didáctica de los cursos que se puedan impartir sobre las cuestiones referidas.

Primera parte. Comprendiendo la interculturalidad desde la perspectiva jurídica

El punto de partida de estas reflexiones lo constituye la interculturalidad, como una aproximación epistemológica de entendimiento de los objetos de estudio del proyecto —protección de la naturaleza y construcción de la paz— desde perspectivas distintas a la construcción occidental de la ciencia y el derecho, que sirve para ampliar los referentes académicos más habituales y, por lo tanto, contribuye al fortalecimiento de los valores propios de la democracia contemporánea, en la medida en que este enfoque invita a valorar igualitariamente todos los modos de elaboración y apropiación del conocimiento.

En el escrito "Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad", Giammaria Milani explica las nociones de cada una de esas categorías, cuyo denominador común es la diversidad. La noción de pluralismo jurídico se refiere a la multiplicidad en las fuentes de producción del derecho

y la de interculturalidad es abordada como la pluralidad de sistemas y valores culturales, para luego establecer las consecuencias que está teniendo la aplicación práctica de la relación entre esos conceptos en el contexto específico de América Latina.

A continuación, Guillaume Tusseau, en el capítulo titulado "Una exploración de la posibilidad y de las condiciones de la comprensión intercultural en el ámbito jurídico", aborda las posibilidades que la teoría del derecho y el derecho comparado ofrecen para realizar una hermenéutica de las concepciones jurídicas alternativas al modelo heredado del Estado nación europeo, que se fundan en la plurinacionalidad, la diversidad de las formas de vida, la inclusión y la convivencia armoniosa, el diálogo y la comprensión mutua y el reconocimiento de la pluralidad étnica, religiosa, cultural y social.

A su turno, Silvia Bagni y Giorgia Pavani, en "La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz", explican la contribución que la comparación jurídica puede hacer al proceso de descolonización del saber y la construcción de una epistemología del sur, en atención al desarrollo que ha tenido el constitucionalismo latinoamericano con su particular enfoque intercultural y ambiental.

Por su parte, Miguel Ángel Pacheco Rodríguez, en el capítulo titulado "Una fundamentación contrahegemónica de los derechos", partiendo desde el positivismo metodológico plantea la posibilidad de una hermenéutica diatópica, entendida como un ejercicio de reciprocidad entre culturas que consiste en transformar las premisas de argumentación de una cultura determinada en argumentos inteligibles y creíbles en otra cultura y cuyo fin primordial es el de llevar al máximo la conciencia de la incompletitud recíproca de las culturas a través del diálogo con un pie en una cultura y el otro pie en la otra.

Segunda parte. La sinuosa ruta hacia el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho

La dependencia del actual modelo de desarrollo de los recursos naturales renovables y no renovables ha creado una degradación de los ecosistemas hasta llevar a la extinción de muchas especies y crear un alto riesgo de inhabitabilidad del planeta para los propios seres humanos. Esta situación ha causado problemas ambientales que han derivado en numerosos conflictos que

producen consecuencias adversas sobre los derechos humanos y empeoran la pobreza y la desigualdad.

Para responder a un reto de tal envergadura, las contribuciones contenidas en esta segunda parte plantean soluciones plausibles desde distintas aproximaciones, cuyo denominador común es la perspectiva intercultural, que van desde la adopción de un modelo de gobernanza ambiental que trascienda al extractivismo capitalista, la gestión de los conflictos ambientales con fundamento en los estándares establecidos en el Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental, hasta llegar a la politización de los conflictos ambientales y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho.

Así, Iván Narváez Quiñónez, en "Estado y gobernanza ambiental. Paradigmas alternativos", pone de presente que el mayor desarrollo científico-tecnológico, el auge de las relaciones económico-financieras, de la producción y el consumo en el marco de la globalización neoliberal, han coadyuvado al deterioro de las relaciones hombre-naturaleza llegando a límites de aparente irreversibilidad, generando una crisis civilizatoria que es una crisis ambiental, frente a la cual la solución tecnocientífica se muestra insuficiente y cuya respuesta apropiada podría ser la gobernanza ambiental, entendida como el ensamblaje de la pluralidad de saberes y la interculturalidad para que prevalezca la inclusión y se adopten mecanismos para enfrentar la injusticia climática.

Por su parte, en el capítulo titulado "Enfoques para el abordaje de la conflictividad ambiental en América Latina: la propuesta del Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental", Lina Marcela Muñoz Ávila explica los elementos conceptuales sobre el contexto, la definición, las características y las tipologías de los conflictos ambientales, presenta algunos enfoques para el análisis de los conflictos que pueden ser particularmente relevantes para el estudio de la región de América Latina y aborda una propuesta para el manejo de conflictos ambientales en la región por medio de la hipótesis de que el nuevo Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental es un instrumento para la transformación positiva y el desescalamiento de los conflictos en los países latinoamericanos.

Franklin Ramírez Gallegos, en el capítulo "Conflicto antiextractivista y politización de la 'cuestión ambiental' en el Ecuador (2007-2013)", indaga por el proceso de politización de los conflictos ambientales, entendido como su capacidad para tornarse en problemas sociales que se categorizan como cuestiones de interés general, empleando como marco conceptual para el análisis el

enfoque de los campos de conflictividad política, el cual permite situar la propensión politizadora de una determinada conflictividad a través de la medición de la visibilidad, la irradiación y la interpelación de los conflictos, y aplicando este marco analítico a la disputa democrática configurada en el Ecuador entre 2007 y 2013, como estudio de caso.

Francisco Javier Díaz Revorio, en el capítulo "Dignidad humana, fundamentación de los derechos y derechos de la naturaleza", se centra como cuestión nuclear en el papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos humanos, para pasar a plantear la eventual compatibilidad de este fundamento con algunos de los llamados "nuevos derechos", y en particular con los derechos de la naturaleza, lo que lo conduce a realizar algunas reflexiones sobre la titularidad de los derechos, y a la consideración de si dicho titular ha de ser necesariamente humano o tener un vínculo con la condición humana, dejando así abierta la puerta para la admisibilidad hermenéutica del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho.

Esta última cuestión es aún bastante controvertida, pero lo cierto es que ya la Constitución ecuatoriana así lo ha declarado y se han dado algunas decisiones de Altas Cortes en países de distintos continentes que han comenzado a recorrer ese camino. Adriana Rodríguez Caguana y Viviana Morales Naranjo exponen, en el capítulo "Los derechos de la naturaleza en las Altas Cortes de Ecuador e India: pueblos indígenas y animales sagrados", los precedentes en esa materia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador y la Corte Suprema de la India, fundamentados en el ecologismo profundo, que promueve la protección de la naturaleza por su valor intrínseco, y en la protección de la naturaleza pensada desde la justicia intercultural en favor de los colectivos culturales.

Tercera parte. Estrategias para la superación de la violencia y la construcción de la paz

La existencia de conflictos ambientales ayuda a explicar la violencia presente en sociedades muy ricas en recursos naturales pero muy desiguales en la redistribución del ingreso y el acceso a las oportunidades, constituyendo un factor, entre múltiples aspectos, que han originado graves y masivas violaciones a los derechos humanos que han ocurrido en esos países. ¿Cómo superar el pasado de vulneraciones sistemáticas a la dignidad humana para propiciar la construcción de tejido social y de igualdad e inclusión en esas sociedades?

Sobre la respuesta a ese interrogante tratan las contribuciones que conforman la tercera parte de la obra, comenzando desde el plano universal por el modelo de justicia transicional adoptado por la Asamblea General de la ONU en 2005, siguiendo con la particularización de la evolución de uno de sus componentes en el ámbito regional suramericano, para concluir con la formulación de dos enfoques específicos —el territorial y el diferencial— para su aplicación al caso colombiano.

En ese orden de ideas, esta tercera parte comienza con el capítulo titulado "La justicia transicional: mecanismo polifacético de armonización entre la paz y la justicia", en el cual Manuel Alberto Restrepo Medina muestra la evolución de los medios que se han empleado en aquellas sociedades nacionales que han padecido violaciones sistemáticas de los derechos humanos para superar su pasado y transitar hacia un estadio de respeto por dichos derechos que permita la reconstrucción social y la construcción de la paz, hasta llegar a un consenso internacional sobre los estándares mínimos aceptables, que conforman la denominada *justicia transicional*, para luego explicar los componentes que integran el marco jurídico internacional para los procesos de justicia transicional en los que se tienen que respetar la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, así como el establecimiento de garantías de no repetición.

Uno de los componentes estructurales de las transiciones es la verdad, motivo por el cual el estudio de la manera como ha sido abordada en el pasado en el continente adquiere gran relevancia para no repetir los errores cometidos y capitalizar las experiencias positivas. Para el efecto, el capítulo de Tania Luna Blanco, titulado "Las comisiones de memoria y verdad ante el reto de narrar la atrocidad masiva: una forma de reconstruir el pasado de violencia, paz y reconciliación en América Latina", explica la manera en que se han narrado los conflictos en la región por las comisiones de memoria y verdad judicial creadas en distintos contextos de posconflicto, tomando como referencia los casos de Argentina y Chile como procesos transicionales posdictaduras y, el caso de Colombia, con un acuerdo de paz para el posconflicto.

Ahora bien, los procesos de paz en la actualidad, además del cumplimiento de los estándares mínimos en materia de justicia transicional, con el fin de lograr la superación del estado de cosas que propició la vulneración grave y sistemática de los derechos humanos, deben propender tanto por la construcción de condiciones sociales, económicas y políticas para el no retorno

a la fase de guerra o de conflicto armado, como por el abordaje desde enfoques diferenciales para que la centralidad de estos procesos sean las víctimas y no los victimarios.

La construcción de esas condiciones para garantizar un punto de no retorno al conflicto solamente es posible si se hace simultáneamente de abajo hacia arriba, en los territorios que fueron violentados como escenario de dantescos sufrimientos, y también, de arriba hacia abajo, porque la voluntad política y la institucionalidad central son fundamentales para la construcción del Estado en la geografía del abandono. De la evaluación de esa tarea de reconstrucción territorial tras el Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP se ocupa Liliana Estupiñán Achury en el capítulo titulado "Los territorios en fase de transición. La paz territorial en Colombia".

Desde la perspectiva de los enfoques diferenciales, José Rory Forero Salcedo, en el capítulo titulado "Constitucionalismo transicional colombiano. Aproximación a los enfoques diferenciales en escenarios de construcción de paz", analiza tres fenómenos estructurales presentes en las situaciones de conflicto armado que atentan contra las víctimas y expone la necesidad de aplicar estrategias para cubrir el déficit de respeto y garantía de sus derechos en la fase de posconflicto en su condición de personas de especial protección constitucional que requieren de un tratamiento diferenciado, en aras de lograr la reconstrucción del tejido social.

Primera parte

Comprendiendo la interculturalidad desde la perspectiva jurídica

Pluralismo jurídico e interculturalidad: un discurso sobre la diversidad

Giammaria Milani*

Introducción

El discurso relativo al pluralismo jurídico y la interculturalidad se fundamenta sobre la base de la relación existente entre ambos conceptos, que requieren una clara definición y un análisis en profundidad; definición y análisis que no solo han sido llevados a cabo desde la perspectiva jurídica, sino por otras disciplinas, tales como sociología, filosofía, historia, geografía, etc.

Pese a las diversas definiciones de pluralismo jurídico e interculturalidad que se pueden encontrar, todas ellas tienen una matriz común: "la diversidad"; es decir, tanto el pluralismo jurídico como la interculturalidad son expresiones de la diversidad, manifestadas en diferentes niveles y modalidades.

A priori, podemos afirmar que el pluralismo jurídico hace referencia a la diversidad desde la perspectiva jurídica; dicho de otro modo, el pluralismo jurídico hace alusión a las múltiples fuentes del derecho. Sin embargo, al hablar de interculturalidad estamos refiriéndonos a la diversidad de sistemas y valores culturales.

En este sentido, abordar la conceptualización del pluralismo jurídico y de la interculturalidad partiendo como premisa del principio de diversidad tiene como consecuencia inmediata la disparidad de significados, criterios, causas y efectos geográficos, históricos y culturales en el que se desarrollen. Por todo ello, en el presente capítulo será necesario determinar ¿qué es el pluralismo jurídico?, ¿qué se entiende por interculturalidad?, para poder analizar la

* Doctor en Derecho Público Comparado, Università degli Studi di Siena. milani@unisi.it

relación de ambos conceptos en el ámbito de América Latina, finalizando con algunos retos y conclusiones al respecto.

1. ¿Qué es el pluralismo jurídico?

Grosso modo, podemos advertir que el pluralismo jurídico describe la coexistencia de varios sistemas jurídicos, mezclados, separados o en conflicto[1], en un espacio geopolítico determinado o en un mismo Estado, cuya idiosincrasia radica en las diferentes formas de resolución de conflictos[2].

En este sentido, como se puede apreciar, el pluralismo jurídico no tendría un valor prescriptivo, siendo al contrario una expresión descriptiva que representa una realidad determinada; es decir, la coexistencia de múltiples sistemas jurídicos en un mismo espacio.

No obstante, es sencillo comprender que esta coexistencia entre distintos sistemas jurídicos puede manifestarse con diferentes y opuestas modalidades. A modo ejemplificativo: por un lado, podemos hablar de pluralismo jurídico social[3] o de pluralismo formal[4]; mientras que, por otro lado, podemos estar ante supuestos de pluralismo comunitario[5] o de pluralismo estatal[6].

Estos ejemplos de diferentes acepciones del concepto de pluralismo jurídico nos permiten introducir en nuestro discurso, en aras a la mayor comprensión del fenómeno objeto de estudio, un sujeto fundamental: el Estado. Y es que no debemos obviar que el análisis del pluralismo jurídico, hoy en día,

---

[1] Véase Cruz Rodríguez, Edwin, "Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad", *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013), pp. 69-101, p. 71.

[2] Véase Ramírez, Silvina, "Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n.º 1 (2005), pp. 1-6.

[3] Entendiendo por pluralismo social la existencia de uno o varios sistemas jurídicos no reconocidos por el Estado. Véase Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro derecho*, n.º 26-27, (2002), pp. 63-98, p. 70.

[4] Concibiendo la idea de pluralismo formal, a diferencia del pluralismo social, como el reconocimiento por parte del Estado de más de un sistema jurídico vigente. Véase Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", cit., p. 70.

[5] Pluralismo comunitario predicable de aquellos espacios integrados por fuerzas sociales y sujetos colectivos con identidad y autonomía propias, que existen independientemente del control estatal. Véase Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, MAD, Sevilla, 2006, pp. 198-199.

[6] Pluralismo estatal entendido como el pluralismo reconocido, permitido y controlado por el Estado. Véase Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., pp. 198-199.

se encuadra en el horizonte estatal; siendo esencial y necesariamente conectado al análisis de las distintas modalidades existentes mediante las que el Estado trata la pluralidad de sistemas jurídicos.

Cabe subrayar que, desde el punto de vista teórico e histórico, la relación entre Estado y pluralismo jurídico, desde sus orígenes más remotos, se concibe como una relación conflictual[7]. De hecho, podemos afirmar que el Estado moderno nace, en Europa, en contraposición con el pluralismo feudal de la época medieval, del mismo modo que el Estado moderno surge como una manifestación clara y firme del monismo jurídico.

En el panorama europeo medieval, la descentralización y fragmentación del poder conlleva la existencia de una pluralidad de fuentes del derecho: el derecho común, las costumbres locales, las reglas municipales, los estatutos de las corporaciones, los dictámenes reales, el derecho producido por el Imperio y la Iglesia[8].

Es a partir del siglo XV, con el surgimiento de una racionalización política centralizadora, cuando se empieza a reducir esta fragmentación hasta la unidad total, dando lugar a la instauración del Estado absoluto. La creación de un ejército permanente y de una burocracia son algunas manifestaciones de la voluntad de los Estados de reafirmarse como sistemas políticos de referencia; inclusive, en el plano jurídico, se produce una subordinación de la justicia a la voluntad estatal soberana.

Sin embargo, no es sino hasta finales del siglo XVIII cuando el diseño monista tiene un mayor auge, gracias a la difusión del denominado Estado liberal. Los principios fruto de las grandes revoluciones políticas, en particular de la Revolución francesa, son las bases fundamentales de este proceso. La igualdad formal y el principio de legalidad formal presuponen la subordinación de todos los individuos a un mismo sistema jurídico, con reglas comunes y abstractas aplicables a cada individuo de forma indistinta.

El sistema de división de poderes consagra el principio monista: el poder legislativo es el único facultado para producir las normas generales que rijan la vida de los ciudadanos; el poder ejecutivo tiene como función gobernar aplicando las leyes aprobadas por el Parlamento; y el poder judicial es el encargado de

---

[7] Véase Ardila, Édgar, "Pluralismo jurídico: apuntes para el debate", *El otro derecho*, n.º 26-27 (2002), pp. 49-61, p. 50.

[8] Véase Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003, p. 29.

administrar justicia y aplicar las leyes a las controversias concretas. Cabe destacar que, salvo los poderes descritos con anterioridad, no existen individuos o instituciones con facultad para producir normas.

La idea monista tiene su máximo esplendor con afirmación del Estado-Nación. La legitimidad política del Estado se basa en el supuesto de que representa la organización jurídico-política de una nación; en otras palabras: un solo pueblo, con una única cultura, un mismo idioma y religión. Es legítimo pensar, en este contexto, que el Estado tenga un solo sistema normativo, porque se supone que representa un conjunto social homogéneo en términos de idioma, religión, cultura.

En definitiva, como se puede observar, la creación del Estado absoluto y su transformación en Estado liberal introdujeron la identidad Estado-Derecho, a la base del monismo jurídico. Esta concepción se impuso como eje central de la doctrina del positivismo jurídico, destacando como máximo exponente las obras de Hans Kelsen[9]. Al respecto, esta idea presupone, por un lado, que a cada Estado le corresponde un solo sistema jurídico y viceversa, por otro lado, que el Estado es el único facultado para la elaboración del derecho. Desde esta perspectiva, solo se puede llamar "derecho" al sistema normativo estatal y, por ende, a las normas producidas por el Estado.

No obstante, esta identidad entre Estado y derecho deviene rápida y evidentemente precaria, temporal, ilusoria, fictiva. En esta línea, autores como Santi Romano y Norberto Bobbio han relacionado la pluralidad de sistemas jurídicos con la crisis de la hegemonía del Estado moderno: el germen del Estado moderno fue fruto de la eliminación y de la absorción de los órdenes jurídicos superiores e inferiores, así como de la monopolización de la producción jurídica. Según Santi Romano, toda fuerza que es organizada, es decir que se puede calificar como social, es derecho[10]. Del mismo modo, Norberto Bobbio considera que existe un sistema jurídico dondequiera que haya una institución, es decir, un grupo social organizado[11].

---

[9] Véase Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1982.

[10] Véase Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

[11] Véase Bobbio, Norberto, *Filosofía del derecho y teoría general del derecho. Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990.

Con la creación del Estado constitucional, en la segunda mitad del siglo XX, se produjeron cambios transcendentales en la idea misma de Estado, poniéndose en tela de juicio los principios fundamentales del monismo jurídico.

El Estado constitucional es un sistema jurídico que reconoce, entre otros, la necesidad de apertura al orden jurídico internacional y de reconocimiento de la autonomía local. Estas características conllevan una proliferación de los sistemas jurídicos en un mismo contexto geopolítico: el derecho estatal, el derecho internacional y el derecho local, por lo menos, elaboran normativa vinculante para todos los sujetos que habitan en un mismo lugar.

Adicionalmente, los principios típicos del Estado liberal entran en crisis y evolucionan hasta una configuración que considera la complexidad social y cultural que el derecho es llamado a regular. El principio de legalidad sustancial y la igualdad material representan instrumentos y fines del Estado constitucional, que testimonian la necesidad de tomar en cuenta la diversidad. El Estado es el encargado de garantizar la unidad en una situación de pluralismo, desde la perspectiva del Estado constitucional[12].

Fuera de Europa, la crisis del monismo jurídico se manifiesta con causas y factores aún más evidentes y antiguos que han aumentado el carácter precario, temporal, ilusorio, fictivo del concepto. Esto sucedió sobre todo en los territorios colonizados[13], en los que se impuso, mediante el uso de la fuerza, la unificación legal de la colonia, posibilitándose así la coexistencia en un mismo espacio del derecho del Estado colonizador y de los derechos tradicionales. Con la independencia de dichos países, pese a que el monismo jurídico ha seguido siendo el marco teórico de referencia, se ha desarrollado un pluralismo de sistemas jurídicos, ocasionado principalmente por la supervivencia de los sistemas normativos indígenas.

Estos sistemas normativos han sido progresivamente reconocidos en los contextos coloniales y poscoloniales, pero en el marco del monismo jurídico; considerando que solo es derecho el producido por el Estado. En efecto, la historia

---

[12] Véase Groppi, Tania y Simoncini, Andrea, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 34.

[13] Entendiendo por territorios colonizados en aquellos territorios que fueron dominados económica y políticamente, siendo obligados los pueblos originarios a aceptar las normas jurídicas de las metrópolis. Véase De Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Sergio A. Fabris, Porto Alegre, 1988, pp. 73-74.

de represión y la condición políticamente subordinada de los pueblos indígenas los ha obligado a adoptar nuevas instituciones y a clandestinizar sus prácticas.

Se han destruido sus sistemas superiores de autoridad y solo han quedado sistemas fragmentados: autoridades, normas y conocimientos de carácter local. La clandestinización de los sistemas, o su desestructuración, ha dado lugar a que en muchas regiones solo surjan o se mantengan prácticas aparentemente aisladas[14].

Los sistemas normativos no estatales, al no estar formalizados como el estatal, son vistos como sistemas retrógrados, premodernos y aislados, que deben superarse para posibilitar la civilización e integración de las poblaciones igualmente no evolucionadas y señeras.

El derecho consuetudinario, los usos y costumbres, las convenciones, denominaciones que han recibido estos sistemas normativos, son admisibles como fuente del derecho en ausencia de ley que regule la misma materia, y nunca en contra de ella; suponiendo una subordinación, tanto política como jurídica, al derecho estatal[15].

Esta subordinación, en la actualidad, sigue siendo la realidad en los territorios poscoloniales, incluso el latinoamericano, aunque se observa una tendencia, como veremos más adelante, a elaborar mecanismos y principios para superar la situación descrita con anterioridad, en aras a la implementación de un pluralismo jurídico intercultural.

2. ¿Qué se entiende por interculturalidad?

La afirmación descrita en el párrafo precedente nos lleva a reflexionar sobre el significado de la palabra interculturalidad. A diferencia del concepto de pluralismo jurídico, que tiene un valor prevalentemente descriptivo, la expresión interculturalidad es prescriptiva, presuponiendo una modalidad particular de organizar y pensar la diversidad cultural[16].

En efecto, la diversidad cultural puede dar vida a diferentes modelos sociales, tales como la multiculturalidad, la pluriculturalidad y, precisamente, la interculturalidad. Todos estos modelos sociales tienen una perspectiva

---

[14] Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999, pp. 11-45.

[15] Ibíd.

[16] Véase Cruz Rodríguez, Edwin, "Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad", cit., pp. 73 y ss.

común: la heterogeneidad cultural, debida a la presencia, en un determinado contexto geopolítico, de diversas culturas; contraponiéndose de este modo a la homogeneidad cultural, entendida como la presencia de un único sistema cultural en un espacio determinado.

Como hemos visto, la idea de homogeneidad cultural ha sido central en el ámbito europeo, bien sea por la creación del Estado absoluto, o bien por la afirmación del Estado liberal. La idea de homogeneidad ha sido fundamental para la constitución de las naciones, los sujetos políticos colectivos que siguen siendo hoy el marco de referencia no solo en Europa, sino en todo el mundo, a pesar de la crisis de las categorías de Estado nacional o de Estado-nación.

La nación es un concepto prejurídico, que se sitúa en la historia y en la política, y define a un conjunto de individuos caracterizados por compartir una sola religión, un único idioma y una sola cultura. En este caso también, la idea de nación, entendida estrictamente como un conjunto culturalmente homogéneo, conoce una crisis en el ámbito europeo, donde aquella idea nació en el siglo XIX.

Es a partir de la primera mitad del siglo XX, con la transformación de los Estados europeos en territorios de inmigración (frente a las tierras de emigración de antaño), cuando la homogeneidad de las sociedades europeas es cuestionada por la presencia en los territorios de minorías portadoras de principios, valores y usos distintos de los mayoritariamente aceptados.

En la segunda mitad del siglo XX, se asiste, por un lado, a la eclosión de los flujos migratorios hacia Europa, provenientes de contextos sociales y culturales muy lejanos y heterogéneos; y, por otro lado, a la constitucionalización e internacionalización difusa de la diversidad, o sea, a la elaboración de instrumentos de garantía y tutela de la diversidad cultural.

Estas transformaciones acentúan la contradicción entre la realidad social europea actual, caracterizada por una amplia heterogeneidad cultural, y el discurso político monocultural, perseguido mediante políticas de migración y de nacionalidad restrictivas.

En el ámbito extraeuropeo, el discurso monocultural parece tener aún menos sentido, sobre todo en los contextos poscoloniales. Ya que estos sistemas son necesariamente heterogéneos desde el punto de vista cultural.

Los sistemas políticos y sociales contemporáneos africanos, asiáticos y de la América anglosajona y latina han nacido con posterioridad a la superposición de culturas distintas: en los países americanos esta situación es particularmente

evidente considerando que, a menudo, estas sociedades están integradas por varias poblaciones nativas o indígenas, por poblaciones de descendencia europea, por poblaciones de descendencia africana o asiática y por poblaciones que se han desarrollado y consolidado como una fusión de las anteriores.

A pesar de esta realidad heterogénea, también en América se ha perseguido y se sigue persiguiendo una política monocultural, a través de la subordinación a los colonizadores y a sus descendentes de los otros grupos culturales, que han sido excluidos y marginados, a pesar de su reconocimiento formal.

No obstante, en las últimas décadas se ha hecho cada vez más evidente la imposibilidad de continuar adoptando este modelo monocultural, debido a la necesidad de reconocer, no solo formalmente, sino también sustancialmente, la naturaleza heterogénea de las sociedades americanas.

La respuesta más empleada a esta demanda de reconocimiento ha sido la multiculturalidad, que se ha difundido desde América del Norte y cuyo contenido lo podemos encontrar en las obras del filósofo canadiense Will Kymlicka[17].

En general, podemos decir que el multiculturalismo se basa en la tolerancia y la coexistencia entre grupos culturales. Bajo esta perspectiva, el enfoque multicultural implica un aislamiento que limita las posibilidades de intercambio, aprendizaje mutuo y coordinación entre los distintos sistemas jurídicos, así como una desigualdad entre ellos.

La tolerancia conlleva que el intercambio o el diálogo entre culturas, y la misma "existencia del otro", no se piensan como un bien en sí mismo, sino como algo no del todo deseable o como un mal menor. En esta perspectiva, la diferencia puede existir y las culturas pueden coexistir, pero separadas o aisladas, es decir, no existe convivencia. Por todo ello, el multiculturalismo sería la base de un pluralismo jurídico desigual.

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, esta impostación conlleva el establecimiento de férreas limitaciones en términos personales, territoriales y materiales a las jurisdicciones de los sistemas jurídicos de grupos no mayoritarios. Las limitaciones en términos territoriales y personales implican que los sistemas jurídicos de las culturas minoritarias permanezcan subordinados, con competencia únicamente sobre los sujetos miembros de sus culturas y en territorios claramente delimitados, fuera de los cuales priman los principios del sistema jurídico de la cultura liberal mayoritaria. A estas limitaciones se suman

[17] Véase Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

otras de tipo material: el derecho no liberal tiene una competencia limitada, siendo aplicable solo para la resolución de controversias de leve magnitud.

El enfoque multicultural acepta el pluralismo jurídico, siempre y cuando los sistemas jurídicos no liberales adopten los principios liberales, concebidos como universales y moralmente superiores. Esta perspectiva tiene importantes reflejos en lo referente a la garantía de los derechos humanos. El propósito del multiculturalismo es hacer compatibles los derechos humanos individuales con la igualdad entre grupos culturales. Con el fin de proteger los derechos humanos, la igualdad entre culturas solo es posible si se adopta una concepción liberal de tales derechos; en otras palabras, los principios del liberalismo, entre los que se incluye la intangibilidad de los derechos humanos, y en particular los derechos individuales, se plantean como un marco universal.

Recientemente se están elaborando, desde un punto de vista doctrinal y normativo, posiciones distintas con respecto a la diversidad cultural, entre las que podemos destacar la interculturalidad[18]. En vez de la tolerancia y la coexistencia, objetivos típicos del multiculturalismo, la interculturalidad tiene como propósito el respeto y la convivencia, así como el diálogo y el aprendizaje mutuo entre los diferentes grupos culturales.

Mientras el multiculturalismo proclama los principios liberales como universales y moralmente superiores, persiguiendo la liberalización de los sistemas jurídicos no liberales y su adaptación al modelo liberal, el interculturalismo acepta la legitimidad de distintas concepciones de "vida buena" y se inclina por promover las relaciones igualitarias entre los distintos grupos culturales. Por consiguiente, podemos afirmar que el interculturalismo es la base de un pluralismo jurídico igualitario.

En este sentido, resulta obvio que el interculturalismo no desarrolla instrumentos destinados a limitar las jurisdicciones de los sistemas no liberales, lo que termina por aislarlos, sino que promueve formas de intercambio y cooperación entre ellos. Las herramientas típicas del interculturalismo son los mecanismos institucionales para promover el diálogo entre culturas, que permiten fomentar los intercambios, la coordinación y la complementación entre distintos sistemas jurídicos. Cabe dilucidar que la implementación de estos mecanismos institucionales no implica eliminar el carácter siempre

[18] Véase Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

conflictivo de las relaciones entre culturas, sino que se trata de romper con las relaciones de subordinación entre culturas con el objetivo de garantizar una convivencia en condiciones de respeto mutuo.

Uno de los aspectos diferenciadores más evidentes con respecto al enfoque multicultural es la impostación frente a los derechos humanos. El interculturalismo no define con claridad ni antelación los criterios para proteger los derechos humanos, dado que la definición apriorística de esos criterios implicaría una concepción monocultural del derecho basada sobre la supuesta superioridad de una cultura en particular. Por el contrario, el interculturalismo se inclina a hacer del diálogo entre culturas el medio para definirlos conjuntamente.

Sin embargo, esta perspectiva presenta el problema de no dar una respuesta sólida frente a la protección de los derechos humanos individualizados. El respeto absoluto por la otra cultura implica una tolerancia ilimitada que, en la práctica, podría terminar anulando los mismos valores e ideales interculturales. En otras palabras: no definir un límite a la tolerancia implica admitir la legitimidad de prácticas y concepciones de culturas contrarias a los ideales de respeto, convivencia, igualdad y justicia. Y es que no debemos olvidar que la única respuesta que el interculturalismo puede dar a dicha cuestión es el diálogo entre culturas.

3. Pluralismo jurídico e interculturalidad en América Latina

La relación entre pluralismo jurídico e interculturalidad tiene un sentido particular en América Latina, cuya población actual es el resultado de siglos de estratificaciones y fusiones de diversas culturas y etnias. El progresivo reconocimiento de esta situación ha llevado a la aprobación tanto a nivel de derecho constitucional como a nivel de derecho internacional, de normas tendentes a garantizar los derechos de diferentes grupos culturales minoritarios respecto a los mayoritarios y, en particular, los derechos de los pueblos indígenas.

El reconocimiento en el plano internacional y constitucional de los derechos de los pueblos indígenas, y de los propios sistemas jurídicos indígenas, es el resultado de un largo camino que, solo en los últimos años y en muy pocos casos, ha llevado a la adopción de un verdadero enfoque intercultural; es decir, a la implementación de un pluralismo jurídico igualitario.

Los sectores doctrinales que han analizado este camino han puesto en evidencia la existencia de diferentes etapas que han marcado la evolución tanto

de las políticas en la materia, como de las manifestaciones jurídicas de dichas políticas en términos de derecho internacional y constitucional[19].

Históricamente, la primera etapa de esta evolución es la fase de ocupación y sometimiento de naciones originarias en el siglo XVI. Este resultado se implementó a través de la ocupación político-militar de los pueblos precolombinos.

La segunda etapa es la subordinación política y segregación colonial de los indígenas. El derecho indiano establecía un régimen de separación física y diferenciación legal, que se llevó a cabo desde el siglo XVI hasta inicios del siglo XIX. En este período, los indígenas fueron reducidos a la categoría de pueblos de indios, y sujetos a cargas coloniales (tributos, trabajos forzosos, penas especiales); permitiendo, en cambio, la existencia de autoridades indígenas y formas de pluralismo legal subordinado.

La tercera etapa es la de la independencia, cuando surge el proyecto asimilacionista, que durará desde el siglo XIX hasta el siglo XX. El objetivo de este proyecto era convertir a los indios en ciudadanos, mediante el levantamiento de sus cargas coloniales y la desaparición de sus protecciones colectivas.

La cuarta etapa se desarrolla con posterioridad, con el advenir del proyecto integracionista a mediados del siglo XX. El proyecto integracionista reconocía ciertos derechos colectivos y especificidades indígenas, pero sin renunciar al marco del monismo legal ni al modelo del Estado-nación.

Finalmente, la quinta etapa es representada por el horizonte pluralista que se desarrolla a finales del siglo XX e inicios del siglo XXI, gracias a diversas reformas constitucionales y a la ratificación del Convenio 169 de la OIT. Dichas constituciones reconocen el carácter pluricultural del Estado-nación, la existencia de los pueblos indígenas y el pluralismo legal.

Estas etapas relativas a la posición frente a los pueblos indígenas, como hemos mencionado con anterioridad, han tenido una gran incidencia sobre los modelos constitucionales adoptados en América Latina a partir de la independencia, es decir, desde el siglo XIX[20].

---

[19] Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005.

[20] Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal*, cit.; Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México D.F., 2003; y Castillo Vegas, Jesús Luis,

El modelo de constitucionalismo liberal adoptado por las primeras constituciones latinoamericanas utilizaba un enfoque de tipo asimilacioncita, según el diseño de la Constitución Federal para los Estados de Venezuela de 1811 (primera Constitución de Hispanoamérica tras la independencia). Este modelo, dirigiéndose a los indígenas ya sometidos y reducidos en pueblos de indios durante la era colonial, tenía el propósito de dar fin al régimen diferenciado establecido por el derecho indiano, buscando la asimilación de los indígenas a la nación.

En el marco de la ideología individualista liberal, los estados reforzaron el carácter monista de sus sistemas jurídicos, proscribiendo las comunidades indígenas y propugnando la conversión de indios en ciudadanos, es decir, en individuos iguales ante la ley. Esta política se tradujo, por un lado, en el levantamiento constitucional de las cargas coloniales de los indios, y, por otro lado, en la interrupción de las protecciones colectivas que existían bajo el derecho colonial a favor de los indígenas.

Bajo la ideología propia del Estado-nación y del monismo legal, las constituciones reconocían un solo idioma, una única cultura y religión; y, desde el punto de vista jurídico, un solo derecho igual para todos los ciudadanos.

Con el acaecimiento del constitucionalismo social en Latinoamérica, a partir de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, se introdujeron los derechos sociales y colectivos, que ponían en tela de juicio el modelo liberal.

El constitucionalismo social introdujo el modelo integracionista, posibilitando el reconocimiento legal del sujeto colectivo indígena, derechos específicos de carácter protector y el desarrollo de políticas proactivas o intervencionistas del Estado, en favor de derechos sociales de la población indígena.

Tomando como referencia este modelo, las temáticas indígenas son tratadas como asuntos de marginalidad socioeconómica: se reconocen entes colectivos como comunidades indígenas, sindicatos, cooperativas y otras formas de organización colectiva. Asimismo, las constituciones establecen protecciones frente al abuso en el trabajo y a la servidumbre indígena, dotando al Estado de facultades en materia de educación, salud e integración de los indígenas, y reconociendo también tierras colectivas con carácter inalienable.

"El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación", *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, n.º 35 (2013), pp. 431-459.

Desde el punto de vista cultural, se admite el uso de los idiomas y prácticas culturales indígenas. Esta apertura se refleja, a nivel jurídico, a través del reconocimiento de algunas instituciones, autoridades y sistemas jurídicos indígenas para la regulación de la vida social y la resolución de conflictos, siempre subordinadas a la ley y sin que, en ningún caso, amenacen la integridad territorial, el orden público o la unidad nacional.

Sin embargo, no es hasta finales del siglo XX cuando se producen los cambios necesarios para permitir la instauración de los modelos constitucionales pluralistas. La transición empieza con las constituciones de Guatemala (1985), Nicaragua (1987) y Brasil (1988), que empiezan a reconocer la conformación multicultural de la nación, el derecho a la identidad cultural y nuevos derechos indígenas.

Esta primera apertura continúa, en los siguientes años, con el reconocimiento de la jurisdicción indígena, con sus propias autoridades y según sus propias normas y procedimientos, que se consagra en la Constitución Política de Colombia de 1991, a la que le siguen las constituciones andinas de Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1998) y Venezuela (1999).

Conjuntamente al cambio de paradigma a nivel constitucional, se produce un evidente cambio a nivel internacional, derivado de la adopción, en 1989, del Convenio 169 de la OIT[21]. Este tratado internacional permite la incorporación en el derecho internacional del concepto de "*pueblos* indígenas y tribales", superando el de "*poblaciones* indígenas y tribuales" que tenía el Convenio 107 de la OIT[22], adoptado en 1957.

Del mismo modo, el Convenio 169 de la OIT hace una declaración explícita de superación de las políticas asimilacionistas e integracionistas, que los Estados habían desarrollado con los pueblos indígenas. Este Convenio reconoce de modo expreso las aspiraciones de los pueblos indígenas a controlar sus propias instituciones sociales, políticas y culturales, y su desarrollo económico, superándose así el modelo tutelar típico de las primeras fases del constitucionalismo latinoamericano.

No obstante, cabe destacar que el Convenio contiene algunas importantes limitaciones: a nivel externo, el concepto de pueblo es interpretado

---

[21] Convenio n.º 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales.

[22] Convenio n.º 107 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Poblaciones Indígenas y Tribunales.

en un sentido atípico, con el objetivo de que no se interprete en el sentido tradicional del derecho internacional, y buscando evitar alguna forma de secesión o reclamo independentista; a nivel interno, la aplicación del derecho indígena se permite siempre y cuando no suponga una vulneración de los derechos humanos[23].

Como hemos puesto de manifiesto en los párrafos precedentes, las múltiples reformas constitucionales y la aprobación del Convenio 169 introducen algunos cambios que podemos definir como paradigmáticos del modelo pluralista: el reconocimiento del carácter pluricultural del Estado-nación; el reconocimiento de la semejante dignidad de las culturas; el carácter de sujetos políticos de los pueblos y comunidades indígenas; el reconocimiento de diversas formas de participación, consulta y representación directa de pueblos indígenas; el reconocimiento del derecho indígena y la jurisdicción especial.

En el marco general de estas reformas, se pueden identificar tres ciclos constitucionales distintos, que corresponden a tres diferentes niveles de reconocimiento del pluralismo jurídico con tendencia hacia un modelo de tipo intercultural[24]. En otras palabras, el ciclo del constitucionalismo pluralista se articula en diferentes fases, correspondientes a distintos niveles de intensidad del reconocimiento del pluralismo jurídico.

El primer ciclo de reformas constitucionales que cabe destacar en el ámbito del constitucionalismo pluralista se desarrolló durante los años ochenta del siglo XX y estuvo marcado por el emerger del multiculturalismo y su incorporación a nivel constitucional. En este ciclo, las constituciones introducían el concepto de diversidad cultural, el reconocimiento de la configuración multicultural y multilingüe de la sociedad, el derecho a la identidad cultural y algunos derechos indígenas específicos.

La Constitución de Guatemala de 1985 y la Constitución de Nicaragua de 1987 adoptaron un enfoque multicultural, con el fin de reconciliar a sus sociedades y dar respuesta a demandas indígenas en el ámbito de procesos bélicos y posbélicos.

---

[23] Véase Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal*, cit.

[24] Cfr. Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010; Ariza Santamaría, Rosembert, "El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales", *Revista InSURgência*, vol. 1, n.º 1 (2015), pp. 165-194.

En este sentido, la Constitución de Guatemala reafirmaba el carácter multiétnico, multicultural y multilingüe del país, y "el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural"; reconociendo al mismo tiempo algunos derechos específicos a favor de grupos étnicos y comunidades indígenas.

Asimismo, la Constitución de Nicaragua subrayaba la "naturaleza multiétnica" del pueblo y, por ende, la garantía de los derechos culturales, lingüísticos y territoriales de las comunidades indígenas, para que se organizasen según "sus tradiciones históricas y culturales", llegando a desarrollar un régimen de autonomías.

En este ciclo, sin embargo, las constituciones no realizan reconocimiento explícito del pluralismo jurídico, lo que conlleva una reafirmación del carácter monista de sus sistemas jurídicos.

El segundo ciclo de reformas, denominado el constitucionalismo pluricultural, fue desarrollado durante los años noventa del siglo pasado. Este modelo se impuso en muchas constituciones latinoamericanas y, en particular, en los textos normativos que en aquellos años fueron aprobados o modificados en los países de la región andina. En este sentido, se pueden citar los textos constitucionales de Colombia (1991), Perú (1993), Bolivia (1994), Ecuador (1996) y Venezuela (1999).

En este ciclo, las constituciones afirmaban el derecho a la identidad y diversidad cultural, y desarrollaban además el concepto de "Estado pluricultural". El pluralismo y la diversidad cultural se convirtieron en principios constitucionales y permitieron la creación de sistemas jurídicos tanto de indígenas, como de afrodescendientes y de otros grupos minoritarios.

Las constituciones de este ciclo incorporaron un nuevo y largo listado de derechos indígenas, tales como la oficialización de idiomas indígenas, educación bilingüe intercultural, tierras, la consulta y nuevas formas de participación, entre otros. Adicionalmente, dichas constituciones contemplaban fórmulas de pluralismo jurídico, al reconocer a las autoridades indígenas, sus propias normas y procedimientos, o su derecho consuetudinario y funciones jurisdiccionales o de justicia.

Sin embargo, esta primera apertura al pluralismo jurídico presenta importantes limitaciones y problemas de implementación. En primer lugar, las disposiciones que afirman la naturaleza plural del sistema jurídico carecen de una adecuada organización y sistematización, adoleciendo de una ausencia de instrumentos para garantizar su eficacia. En segundo lugar, la mayoría de

las constituciones de este ciclo limitan el reconocimiento del derecho indígena a no contradecir "la Constitución y las leyes" o "el orden público", lo que evidentemente restringe la supuesta igualdad entre sistemas jurídicos.

El tercer ciclo de reformas dentro del panorama pluralista es el constitucionalismo plurinacional. Este ciclo se ha desarrollado principalmente en dos procesos constituyentes, los procesos de Bolivia (2006-2009)[25] y de Ecuador (2008)[26]. Estas constituciones proponen una reformulación del Estado, partiendo del reconocimiento explícito de las raíces milenarias de los pueblos indígenas, que fueron ignoradas desde la época colonial hasta los primeros siglos del constitucionalismo independentista[27]. Como se puede deducir, el objetivo principal de este ciclo es poner fin al colonialismo. Los pueblos indígenas son reconocidos no solo como culturas diversas o minoritarias, sino como naciones originarias o nacionalidades, con derecho a la autodeterminación o a la libre determinación.

El Estado plurinacional nace como resultado de un pacto entre naciones, entre pueblos. En otras palabras, se superan los modelos precedentes, basados en el reconocimiento por parte del Estado de los pueblos indígenas, para considerar a estos mismos pueblos como sujetos constituyentes y, junto con otros pueblos, se les faculta, mediante la promulgación de la Constitución, para contribuir a la determinación de la forma de Estado y de las relaciones entre los diferentes pueblos que lo conforman[28].

---

[25] Cfr. Alba, Óscar y Castro, Sergio (eds.), *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2005; De Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012; y Vestri, Gabriele, "'Recibiréis la constitución más liberal del mundo'. Constitucionalismo y pluralismo jurídico: una ventana abierta sobre América latina. El caso boliviano", *Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1 (2012), pp. 55-73.

[26] Cfr. Carpio Frixone, María Bernarda, "Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?", USFQ *Law Review*, vol. 2, n.º 2 (2015), pp. 207-230; y Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides, "La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América Latina", *Derecho y Cambio Social*, n.º 1 (2016), pp. 1-38.

[27] Cfr. Preámbulo Constitución Ecuador: "Reconociendo nuestras raíces milenarias, forjadas por mujeres y hombres de distintos pueblos".

[28] Cfr. art. 56 Constitución Ecuador: "Las comunidades, pueblos, y nacionalidades indígenas, el pueblo afroecuatoriano, el pueblo montubio y las comunas forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible"; y art. 3 Constitución Bolivia: "La nación boliviana está conformada por la totalidad de las bolivianas y los bolivianos, las naciones y pueblos indígena originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano".

El constitucionalismo plurinacional se funda sobre la base de un pluralismo jurídico igualitario que, utilizando las categorías que hemos mencionado con anterioridad, se puede definir como un pluralismo intercultural. El fundamento del pluralismo jurídico en estos países no radica solamente en la diversidad cultural, que a su vez es reafirmada a través del principio de la interculturalidad, sino que se cimienta sobre la base del reconocimiento del derecho a la autodeterminación o a la libre determinación de los pueblos indígenas[29].

Bajo la denominación de Estado plurinacional, se reconocen nuevos principios de organización del poder basados en la diversidad, la igual dignidad de los pueblos, la interculturalidad y un modelo de pluralismo legal igualitario, con un expreso reconocimiento de las funciones jurisdiccionales indígenas. Se pluraliza la definición de derechos, la democracia y la composición de los órganos públicos, así como las formas de ejercicio del poder.

Un claro ejemplo de tales extremos sería la Constitución de Bolivia, que reconoce simultáneamente varias formas de participación política, incluyendo la forma clásica representativa, pero también prevé formas de participación directa y nuevas formas de participación, como la democracia comunitaria. Además, la misma Constitución de Bolivia establece nuevas instituciones plurinacionales, como el Tribunal Constitucional plurinacional, que debe tener una composición plural y reflejar una visión intercultural o plural, incluyendo la visión indígena y ordinaria[30].

4. Retos y conclusiones

La actuación del modelo intercultural de pluralismo jurídico presenta retos y desafíos de difícil resolución, pero imprescindibles para la consecución efectiva de este modelo, de conformidad con sus principios idiosincrásicos.

Un primer reto que los diferentes textos constitucionales expuestos con anterioridad plantean es la necesidad de construir herramientas para una

---

[29] Cfr. Preámbulo Constitución Bolivia: "Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos".

[30] Cfr. art. 197 Constitución Bolivia: "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino".

hermenéutica y una doctrina pluralista, con el fin de "salvar" sus limitaciones o inconsistencias y poder garantizar que el principio del pluralismo igualitario y el proyecto descolonizador se proyecten en las normas secundarias, la jurisprudencia y las políticas públicas.

Un segundo reto reside en la necesidad de un fortalecimiento interno de los sistemas jurídicos indígenas y de la capacidad de todos los actores, para que puedan entrar en auténticos procesos de diálogo intercultural que permitan construir espacios plurinacionales efectivos.

Un tercer reto es la necesidad de establecer mecanismos o herramientas para que se definan límites a la tolerancia, lo que se conseguiría, de conformidad con lo afirmado al hablar del modelo intercultural, con una retroalimentación continua que resulte útil para la búsqueda de valores comunes, sobre la base del respeto mutuo y la convivencia.

Bibliografía

Alba, Óscar y Castro, Sergio (eds.), *Pluralismo jurídico e interculturalidad*, Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Sucre, 2005.

Ardila, Édgar, "Pluralismo jurídico: apuntes para el debate", *El otro derecho*, 26-27, 2002, pp. 63-98.

Ariza Santamaría, Rosembert, "El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los estados constitucionales", *Revista InSURgência*, vol. 1, n.º 1, (2015), pp. 165-194.

Barié, Cletus Gregor, *Pueblos indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, Instituto Indigenista Interamericano para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas, México D.F., 2003.

Bobbio, Norberto, *Filosofía del derecho y teoría general del derecho. Contribución a la teoría del derecho*, Debate, Madrid, 1990.

Carpio Frixone, María Bernarda, "Pluralismo jurídico en el Ecuador ¿existencia de una verdadera aplicabilidad en el ámbito penal?", *USFQ Law Review*, vol. 2, n.º 2 (2015), pp. 207-230.

Castillo Vegas, Jesús Luis, "El estatuto jurídico de los indígenas en las constituciones hispanoamericanas del período de la emancipación", *Revista de estudios histórico-jurídicos*, n.º 35 (2013), pp. 431-459.

Cruz Rodríguez, Edwin, "Pluralismo jurídico, multiculturalismo e interculturalidad", *Criterio Jurídico*, vol. 13, n.º 2 (2013), pp. 69-101.

De Sousa Santos, Boaventura y Exeni Rodríguez, José Luis (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Fundación Rosa Luxemburg, Quito, 2012.

De Sousa Santos, Boaventura, *El discurso y el poder. Ensayo sobre la sociología de la retórica jurídica*, Sergio A Fabris, Porto Alegre, 1988.

Díaz Ocampo, Eduardo y Antúnez Sánchez, Alcides, "La justicia indígena y el pluralismo jurídico en Ecuador. El constitucionalismo en América latina", *Derecho y Cambio Social*, n.º 1 (2016), pp. 1-38.

Groppi, Tania y Simoncini, Andrea, *Introduzione allo studio del diritto pubblico e delle sue fonti*, Giappichelli, Torino, 2017.

Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Trotta, Madrid, 2003.

Hoekema, André, "Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario", *El otro derecho*, n.º 26-27 (2002), pp. 63-98.

Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Eudeba, Buenos Aires, 1982.

Kymlicka, Will, *Ciudadanía multicultural*, Paidós, Buenos Aires, 1996.

Ramirez, Silvina, "Diversidad cultural y pluralismo jurídico: administración de justicia indígena", *Jura Gentium. Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, n.º 1 (2005), pp. 1-6.

Romano, Santi, *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1963.

Vestri, Gabriele, "'Recibiréis la constitución más liberal del mundo'. Constitucionalismo y pluralismo jurídico: una ventana abierta sobre América latina. El caso boliviano", *Revista de los Derechos Sociales*, n.º 1, (2012), pp. 55-73.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad. Luchas (de)coloniales de nuestra época*, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2009.

Wolkmer, Antonio Carlos, *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, MAD, Sevilla, 2006.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, Lima, 2010.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

Yrigoyen Fajardo, Raquel, *Sometimiento constitucional y penal de los indígenas en los países andinos en el s. XIX*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2005.

Una exploración de la posibilidad y de las condiciones de la comprensión intercultural en el ámbito jurídico
Enfrentándose a unas aporías teoréticas de la comparación jurídica

Guillaume Tusseau*

Introducción

¿Adopta necesariamente una mentalidad parroquialista el jurista? En el ámbito de los estudios jurídicos, uno suele primeramente, si no exclusivamente, estudiar y practicar su derecho, es decir, por razón de una asociación presentada como necesaria entre el derecho y el Estado, el derecho del Estado en el que uno estudia y se forma. En ese campo del saber humano, el espacio que queda para un enfoque propiamente intercultural parece muy reducido. Sin embargo, la necesidad de tal perspectiva parece cada día más evidente, especialmente en los ordenamientos jurídicos que han decidido, delineando de ese modo el paradigma del "nuevo constitucionalismo"[1], hacer de la interculturalidad, de la plurinacionalidad, de la diversidad de las formas de vida, de la inclusión y de la convivencia armoniosa, del diálogo y de la comprensión mutua, del reconocimiento de la pluralidad étnica, religiosa, cultural y social, etc., los

* Profesor de la Escuela de derecho de Sciences Po. Miembro del Instituto Universitario de Francia y profesor OPT-IN. guillaume.tusseau@sciencespo.fr

[1] Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson, Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; y Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmáu, Rubén, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.° 9 (2011), pp. 1-24, p. 9.

valores fundamentales de su propio proyecto constitucional. El hecho de que el derecho mismo se interesa por ese tema llama la atención de los juristas, en la medida en que necesariamente cuestiona la pertinencia de sus herramientas intelectuales habituales, que mayoritariamente se han heredado del modelo del Estado-nación europeo.

A fines de encontrar y, más exactamente, de designar herramientas aptas a enfrentarse con las necesidades, primeramente, de entender y conceptualizar esos nuevos proyectos jurídicos, y segundamente, de participar en ellos, dos asignaturas bastante tradicionales o clásicas de los *syllabuses* de muchas universidades merecen ser exploradas. Aunque frecuentemente están insuficientemente desarrolladas, esas dos disciplinas parecen implicar o al menos permitir un enfoque más abierto, e invitar una comprensión más larga del fenómeno jurídico. Se piensa en el derecho comparado, por un lado, y en la teoría general del derecho, por el otro. ¿Qué pueden ser sus aportes a una aproximación intercultural del fenómeno jurídico? ¿Qué pueden ser las contribuciones respectivas de esas dos actividades docentes? ¿Pueden estimular de manera satisfactoria la imaginación y la creatividad intelectual de los juristas a modo de delinear las herramientas de una comprensión intercultural del derecho? ¿Cómo pueden relacionarse y dialogar entre sí para ofrecer una vía prometedora a fines de proporcionar nuevas perspectivas que encuentren las necesidades descriptivas y normativas de los nuevos contextos jurídicos? ¿Pueden facilitar una hermenéutica —es decir una comprensión del sentido— que permita real y sinceramente entender a los otros tal y como son, en vez de solamente hacerlos el objeto de la proyección unilateral de concepciones y maneras de ver locales? ¿Pueden propiciar lo necesario para una argumentación, una discusión y un intercambio jurídico que haga justicia a perspectivas variadas en vez, aun implícitamente, de privilegiar una sola? ¿Ofrecen oportunidades para tal apertura espiritual? Las páginas que siguen intentan reflexionar sobre esas cuestiones, aclarando las condiciones de posibilidad de una argumentación intercultural.

Una primera dificultad estriba en la variedad de definiciones de cada una de las disciplinas, actividades, orientaciones, enseñanzas, investigaciones, escritos, trabajos, etc., involucrados bajo las dos apelaciones de "teoría del derecho" y de "derecho comparado". Existen diversas visiones del derecho comparado. Estas se oponen, en primer lugar, en cuanto a su objeto. ¿Se trata, por ejemplo, de la legislación, en la tradición de la venerable Sociedad de Legislación

Comparada? ¿Se trata, por el contrario, de los formantes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales, así como los criptotipos de Roberto Sacco[2]? ¿Se trata de las culturas[3] o de las tradiciones jurídicas[4]? Estas visiones se separan, en segundo lugar, sobre el método de derecho comparado, presentado alternativamente como formalista, funcionalista, estructural, analítico, histórico, buscando un núcleo común, basado en el derecho en contexto, macrocomparatista o microcomparatista[5]. Diversas concepciones del derecho comparado difieren, en tercer lugar, en función de su vocación o propósito. Esin Örücü señala que

> Se han atribuido al derecho comparado objetivos tan diversos como ayudar a la reforma legislativa y a la elaboración de políticas, proporcionar un instrumento de investigación para lograr una teoría universal del derecho, ofrecer una perspectiva crítica a los estudiantes y prestar asistencia a la práctica jurídica internacional, facilitar la unificación y la armonización internacional del derecho, ayudar a las jurisdicciones a colmar lagunas en el derecho e incluso trabajar en pro de la paz y la tolerancia universales. Estos objetivos pueden agruparse en prácticas, sociológicas, políticas y pedagógicas[6].

Del mismo modo, *jurisprudence*, *legal theory*, la teoría del derecho, la filosofía del derecho, *allgemeine Rechtslehre*, etc., constituyen pabellones susceptibles de albergar bienes extremadamente heterogéneos: historia de la filosofía del

---

[2] Sacco, Roberto, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34; y Sacco, Roberto, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 343-401.

[3] Capeller, Wanda y Kitamura, Takanori (dirs.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

[4] Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014; y Redwood French, Rebecca, *The Golden Yoke. The Legal Cosmology of Buddhist Tibet*, Cornell University Press, Ithaca, 1995.

[5] Van Hoecke, Mark, "Methodology of Comparative Legal Research", en http://www.lawandmethod.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001.pdf (consultado el 18 de marzo 18 de 2016).

[6] Örücü, Esin, "Developing Comparative Law", en Örücü, Esin y Nelken, David (eds.), *Derecho comparado. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 43-65, p. 44.

derecho, axiología jurídica, razonamiento jurídico, argumentación jurídica, metodología de la ciencia del derecho, teoría de los conceptos jurídicos, teoría de las normas jurídicas, teoría del ordenamiento jurídico, etc.

Me parece posible ser relativamente agnósticos en cuanto a la definición precisa de cada una de las dos nebulosas conceptuales, cuyos puntos de contacto, relaciones, antagonismos, combinaciones, confusiones, etc., ya han sido exploradas por valiosos estudios[7]. Más bien, trataré de explicar, desde mi punto de vista personal, es decir desde el punto de vista de un profesor-investigador, quien está involucrado a la vez en la teoría general del derecho y del derecho comparado, el vaivén entre las preocupaciones o perspectivas comparativas, por una parte, y las teóricas, por otra, que he experimentado.

De manera algo esquemática, si formulamos la hipótesis de que "derecho comparado" y "teoría general del derecho" se refieren a actividades (disciplinas, perspectivas, preocupaciones, etc.) discretas, es posible imaginar dos movimientos entre ellas, dependiendo de cuál de ellas se caracterice como presupuesto o como resultado de la otra. Ninguna de estas dos formas de combinarlas puede evitar obstáculos importantes (1 y 2). Por lo tanto, a fines de identificar las condiciones de posibilidad de una hermenéutica y de una argumentación propiamente interculturales y de propiciar las herramientas de tal empresa, se esbozará una posible solución (3), pero no sin esperar un alivio duradero.

---

[7] Tur, Richard, "The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law", *Juridical Review*, (1977), pp. 238-249; Samuel, Geoffrey, "Comparative Law and Jurisprudence", *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 47 (1998), pp. 817-836; Samuel, Geoffrey, "Droit comparé et théorie du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n.º 57 (2006), pp. 1-35; Bell, John, "Comparative Law and Legal Theory", en Krawietz, Werner, MacCormick, Neil y Von Wright, Georg Henrik (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 19-31; Örücü, Esin, *Symbiosis Between Comparative Law and Theory of Law. Limitations of Legal Methodology*, Mededelingen van het Juridisch Instituut, Erasmus Universiteit Rotterdam, n.º 16, 1982; Twining, William, "Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition", en Edge, Ian (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2000, pp. 21-76; y Pfersmann, Otto, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 53 (2001), pp. 275-288.

1. Un enfoque inductivo: del derecho comparado a la teoría general del derecho

1.1. Presentación del enfoque

El primer movimiento, formulado y asumido explícitamente por algunos promotores del derecho comparado y de la teoría general del derecho, adopta la forma de un enfoque de tipo inductivo. Este pretende hacer posible formular una teoría del derecho que sea general, porque se basa en un análisis del fenómeno jurídico que va más allá del único sistema jurídico al que está sujeto (o en el que ha sido formado o en el que enseña, etc.) el que habla o el que escribe. El enfoque puede entonces describirse en cierta medida como "empírico", o *a posteriori*, ya que pretende partir de los hechos que constituyen las diversas manifestaciones del derecho, para intentar, por inducción, abstraer de ellos un núcleo de conceptos, instituciones, mecanismos, razonamientos, etc., comunes, cuya reunión y sistematización constituirá la teoría general del derecho.

Desde el punto de vista de la teoría general del derecho, esta es, de manera muy clara, la visión de John Austin, fundador de la *analytical jurisprudence*:

> Aunque cada sistema jurídico tiene sus propias diferencias específicas y características, existen principios, conceptos y distinciones comunes a los distintos sistemas. Forman analogías o similitudes por las que se asocian estos sistemas.
>
> Muchos de estos principios son comunes a todos los sistemas; los sistemas limitados y toscos de las comunidades toscas, y los sistemas más grandes y maduros de las sociedades avanzadas. Pero los sistemas más grandes y maduros de las sociedades avanzadas están asociados por muchas analogías que se establecen entre todos los sistemas, así como por muchas analogías que surgen exclusivamente entre ellos. En consecuencia, los distintos principios comunes a los sistemas más maduros son objeto de una ciencia extensiva que (a diferencia de una *jurisprudencia* particular, por una parte, y de la ciencia de la legislación, por otra) se ha denominado *jurisprudencia*

> general (o comparativa), o filosofía (o principios generales) del derecho positivo[8].

Estos conceptos incluyen los de obligación, derecho, libertad, daño, sanción, reparación, etc. Según ese enfoque, el estudio de diferentes derechos positivos, es decir, el derecho comparado, permite identificar estos conceptos comunes, abstraerlos y aportar su contenido a la disciplina original de la teoría jurídica general.

Desde el punto de vista de los comparatistas, no es infrecuente que esta visión de la relación dinámica entre el derecho comparado y la teoría general del derecho se afirme de manera igualmente explícita. Esta idea parece ser un ejemplo consustancial del proyecto que se expresó en el Congreso fundador de París en 1900. A través del método comparativo, la identificación exhaustiva de las invariantes del fenómeno jurídico debe poder proponer un análisis de validez universal de este. Bajo la pluma de Edouard Lambert, que resumió varias contribuciones, se puede leer que la función de la comparación

> consiste en lograr una aproximación continua entre las legislaciones que constituyen el objeto del trabajo comparativo, identificar, por debajo de la aparente diversidad de las legislaciones, el trasfondo común de las instituciones y concepciones que están latentes en ellas; recoger así un depósito de máximas comunes a estas legislaciones y enriquecerlo constantemente con sucesivas invasiones en el campo del particularismo[9].

Según W.J. Kamba, el derecho comparado proporciona la materia prima para la teoría general del derecho:

> Es imposible entender cómo la teoría del derecho podría existir sin el derecho comparado.

---

[8] Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Intro. Hart, H.L.A., Weidenfeld y Nicholson, London, 1954, pp. 365-366.

[9] Lambert, Edouard, en AA. VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, 2 vol., LGDJ, París, 1905-1907, vol. 1, pp. 26-60, p. 38.

> La comparación jurídica global y sistemática es esencial para una definición del derecho como un fenómeno social y para comprender la naturaleza del derecho y su función en una sociedad en general. El derecho comparado es esencial para el teórico del derecho y el filósofo del derecho […] para la formulación de teorías generales del derecho: la generalización debe proceder mediante la recopilación de copias particulares del derecho, es decir, de sistemas jurídicos[10].

Este enfoque empírico y *a posteriori*, que por lo tanto ha recibido los esfuerzos combinados de los teóricos del derecho y de los comparatistas, está sin embargo expuesto, en su manera de articular la teoría general del derecho y el derecho comparado, a ciertas dificultades.

1.2. Fracaso: el anclaje implícito en la teoría del derecho

El obstáculo está en el hecho de que el enfoque anterior simplemente no puede ser totalmente inductivo, empírico y *a posteriori*. Le es imposible, aunque pretenda partir de los derechos positivos para llegar a la teoría general, evitar, antes del examen del derecho positivo, presuponer elementos que pertenecen a la teoría general del derecho. Antes de proceder al examen del derecho dentro de las diferentes esferas entre las cuales se hace una comparación, es necesario identificar dichas esfera. Sin embargo, esto solo puede hacerse por medio de conceptos que, por hipótesis, no pueden ser proporcionados por estas esferas. Por ejemplo, para identificar los elementos que caen dentro del campo de la *jurisprudencia*, Austin desarrolla una teoría muy completa de los conceptos legales. De ello se deduce que, según él, la "*clave de la* ciencia del derecho"[11] es el concepto de mandato. Es a través de esta noción, que presenta como elemental, que él logra explicar una compleja red de conceptos jurídicos (obligación, sanción, derecho subjetivo, etc.) y políticos (soberanía, Estado, independencia, obediencia, etc.) fundamentales. Por lo tanto, el análisis comparativo del que se pretende deducir los conceptos generales que están presentes en cualquier

---

[10] Kamba, W. J., "Comparative Law: A Theoretical Framework", *International and Comparative*, *Law Quarterly*, n.º 23 (1976), pp. 485-519, p. 494.

[11] Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, cit., p. 13.

ordenamiento jurídico no tiene estos elementos como resultado y como producto, sino como presuposiciones y condiciones. Así, este escribe que:

> Por *Jurisprudencia general* me refiero, por lo tanto, a la ciencia que trata de la exposición de los principios, nociones y distinciones comunes a todos los sistemas jurídicos [...]. Entre estos principios, nociones y distinciones que son objeto de la teoría general del derecho, algunos pueden considerarse necesarios, en el sentido de que no podemos imaginar de manera coherente un sistema jurídico [...] sin concebirlos como elementos constitutivos del mismo[12].

Por lo tanto, estos conceptos parecen ser de naturaleza *a priori*, y no extraídos *a posteriori* del estudio de los derechos positivos.

Del mismo modo, el enfoque previsto por los comparatistas en el Congreso de 1900 se basa en conceptos que, necesarios para la identificación del objeto estudiado, no pueden ser extraídos de él. Lambert, así como muchos otros autores, insisten por lo tanto en las limitaciones del campo de comparación. Según él:

> Me limitaré por el momento a señalar que la comparación podrá abarcar al menos toda la legislación latina y germánica. Entre estos dos grupos de legislaciones, los elementos susceptibles de servir para la constitución de un fundamento jurídico común son numerosos y evidentes; algunos son de carácter histórico; por una parte, la existencia de un cierto número de fuentes comunes en las que se han basado todas estas leyes: las costumbres germánicas, detrás de cuya diversidad aparecen tantas concepciones comunes, y entre las cuales hubo tantos préstamos mutuos durante el período franco; el derecho feudal, cuyas concepciones universales habían sido propagadas por la nobleza; el derecho romano y el derecho canónico, cuyo carácter acabo de recordar como ley del cristianismo; por otra parte, estos fenómenos de interpenetración, de imitaciones legales, que se destacaron muy bien en un gran número de comunicaciones como para que fuera útil insistir en ello. Otros elementos son de naturaleza científica: es en particular el

[12] Ibíd., p. 367.

> carácter internacional de la rama más floreciente de la literatura jurídica, la literatura del derecho romano moderno, que se ha desarrollado casi hasta nuestros días[13].

Este ejemplo muestra que los conceptos generales, es decir, los conceptos que pueden extraerse de los objetos comparados son necesarios para la operación de comparación. Este es el caso, por ejemplo, del concepto de "legislación", utilizado para delimitar el objeto de la actividad comparativa. Lo mismo se aplica al concepto de "fuentes comunes de las que se han derivado todas estas legislaciones". Este concepto, cuya referencia es especificada en tres niveles por Lambert, no pertenece a ninguna de las legislaciones comparadas. Se presupone, sin embargo, para proceder a su confrontación, ya que delimita el campo en el que el examen de los derechos positivos es relevante. Por extensión, el derecho comparado presupone una definición previa de su propio objeto, es decir, qué es el derecho y cuáles son los elementos que se comparan. Sin embargo, esto solo puede ser proporcionado por otro tipo de actividad intelectual, que forma parte de la teoría general del derecho. Así como lo escribe Roberto J. Vernengo:

> Ninguna ciencia recibe su objeto de ningún conocimiento precientífico previo; el campo temático que la ciencia explora se delimita a través de ciertos criterios, que son de naturaleza a *priori* en relación con la experiencia invocada posteriormente para verificar o falsificar las hipótesis que se formulan al respecto, y que el conocimiento científico propone para tratar con datos que sólo aparecen caóticamente[14].

Desde este punto de vista, no es posible desarrollar una perspectiva inductiva estrictamente entendida, sino que comporta necesariamente elementos deductivos. Por consecuencia, difícilmente puede pretenderse elaborar un lenguaje que permita una hermenéutica y una argumentación propiamente

---

[13] Lambert, Edouard, *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, cit., p. 44.

[14] Vernengo, Roberto J., "Racionalidad y conocimiento científico en la jurisprudencia", en Schmill Ordóñez, Ulíses y Vernengo, Roberto J. (eds.), *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho. Tres ensayos sobre Kelsen*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1984, pp. 51-95, p. 54.

interculturales a partir del estudio de varios derechos positivos, es decir, sacar una teoría general del derecho del derecho comparado.

2. Un enfoque deductivo: de la teoría general del derecho al derecho comparado

2.1. Presentación del enfoque

Para remediar las aporías de un enfoque que se presenta como empírico, es posible intentar recurrir a la teoría general del derecho. En cualquier caso, este movimiento es inevitable, por lo que en este caso debe ser explícito y no implícito. El objetivo es entonces, naturalmente, hacer que no sea el resultado de un análisis comparativo de los derechos, sino su condición. Se trata de basarse en metaconceptos neutrales, no derivados de un derecho positivo particular, sino de un discurso perfectamente general y desvinculado de cualquier anclaje local, capaz de proporcionar herramientas para el análisis de todos los derechos posibles e imaginables. Contrariamente a lo que era posible afirmar anteriormente, el enfoque puede describirse como idealista, racionalista o *a priori*. Sin embargo, establece una solidaridad muy clara entre el derecho comparado y la teoría jurídica general: sin conceptos generales, es imposible hacer una comparación neutral, objetiva y científica de los diferentes derechos. Desde esta perspectiva, la teoría general del derecho define las condiciones *a priori* de la experiencia jurídica, de modo que el derecho comparado no hace posible la teoría general del derecho, sino que se hace posible por esta.

Uno de los ejemplos más sistemáticos de este enfoque es el de Charles Eisenmann, en particular en lo que respecta a la descentralización de los ordenamientos jurídicos[15]. Según él:

> [La teoría general del derecho] tiende a abarcar todos los sistemas —primero todos los sistemas realizados—, pero incluso (porque puede ir más allá de la experiencia pasada o presente a través de la imaginación) los sistemas posibles; pero de cada uno de ellos, solo pide y retiene datos e ideas generales para hacerlos comprensibles; su preocupación es solo con sus problemas comunes y el desarrollo

[15] Eisenmann, Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, París, 1948.

> de un sistema completo de tipos de reglamentos o instituciones. Podría decirse que la "teoría general" está por encima de *todo* derecho positivo, no porque pretenda estar por encima del derecho positivo, sino por el contrario porque pretende captar y comprender *todo el* derecho positivo, e incluso *todo* derecho positivo.
>
> Pero, una vez construidas con este espíritu y según este método "universalista", las teorías generales adoptan la forma de introducciones al estudio de los derechos positivos, precisamente porque presentan una visión de conjunto de los problemas a los que se enfrenta cualquier legislador sobre un tema y de las soluciones entre las que puede elegir, —en una palabra, porque definen los marcos en los que se sitúa cualquier derecho positivo y que servirán para analizarlo—. Plantear los problemas fundamentales relacionados con la centralización y la descentralización, tal y como representan un sistema de derecho público, para cualquier sociedad política; analizar el conjunto de soluciones que pueden recibir y entre las que se compartirán los derechos positivos; presentar los resultados jurídicos de su aplicación, estos son los objetivos —y los únicos— hacia los que este trabajo quiere contribuir a avanzar[16].

Esta orientación metodológica fundamental, de la que Eisenmann ofrece una formulación particularmente clara al afirmar, por ejemplo, que "el objetivo teórico y científico de un estudio de derecho comparado debería ser permitir clasificar las instituciones de los diferentes países en categorías que les convengan a todos"[17], se encuentra en otros autores como Frantisek Weyr[18] u Otto Pfersmann[19].

---

[16] Eisenmann, Charles, *Centralisation et décentralisation*, cit. pp. 5 y 6.

[17] Eisenmann, Charles, "Intervention au colloque", en Mosler, Hermann (Hrsg.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquiumveranstaltetvom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1961*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, 1962, p. 875.

[18] Weyr, Frantisek, "Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative", en *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, LGDJ, París, 1938, tomo 1, pp. 311-314.

[19] Pfersmann, Otto, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", cit., pp. 285-287.

Esta visión de la relación entre la teoría general del derecho y el derecho comparado consiste, en primer lugar, en presentar un cuadro conceptual abstracto y general, cubriendo de manera exhaustiva todas las posibilidades teóricas que pueden surgir en el derecho positivo. Este modelo de inteligibilidad del derecho, construido independientemente de cualquier ordenamiento jurídico positivo particular, es por lo tanto completo, ordenado y sistemático. Enumera las posibilidades teóricas entre las que el derecho positivo hace elecciones[20]. Luego, el estudio minucioso de las instituciones bajo la jurisdicción de cada Estado conduce a la producción de una casuística comparativa basada en los sistemas existentes, es decir, identificar —mediante metaconceptos previamente construidos— y luego clasificar los múltiples elementos que constituyen su derecho positivo dentro de las diferentes clases elaboradas. Este metalenguaje teórico neutro, independientemente de los lenguajes-objeto analizados, es capaz de subsumir las categorías de lenguaje-objeto, utilizadas por cada uno de ellos —ya sean temporal o espacialmente distintos— bajo conceptos teóricos más generales que les permitan ser confrontados intelectualmente en una operación comparativa. La teoría general del derecho no es el resultado, sino la condición del derecho comparado. Pero, al igual que el anterior enfoque inductivo, este enfoque deductivo se enfrenta a serias objeciones, que lo hacen insostenible.

2.2. Fracaso: el anclaje implícito en el derecho positivo

La reivindicación fundamental del enfoque deductivo radica en su convicción de que es posible identificar, de forma totalmente independiente de cualquier objeto, metaconceptos que puedan proporcionar una cuadrícula para la comprensión de ese mismo objeto. En otras palabras, se basa en la convicción de que es posible adoptar lo que Hilary Putnam llama el "punto de vista de Dios"[21].

En el campo de las ciencias llamadas "duras", la epistemología contemporánea está dominada por una forma más o menos moderada de

[20] Tur, Richard, "The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law", cit., pp. 246, 249.

[21] Putnam, Hilary, *Raison, vérité et histoire*, trad. fr. Gerschenfeld, Abel, Les éditions de Minuit, París, 1994, p. 61.

"convencionalismo"[22]. Esta rechaza la idea muy común, atribuida paradigmáticamente a Claude Bernard[23], de que las teorías científicas parten de la observación, identifican fiel y objetivamente las entidades y los procesos que existen realmente, presentan la realidad en sí misma después de un examen suficientemente exhaustivo, derivan leyes por inducción y, por lo tanto, proporcionan indicaciones sobre la verdadera naturaleza del mundo. Por el contrario, el convencionalismo concibe las teorías científicas como meros instrumentos. Son el resultado de decisiones, dirigidas a organizar inteligiblemente fenómenos que *a priori* están desprovistos de orden intrínseco. Como lo nota Gérard Fourez,

> No hay una sola *información* en el mundo que pudiera recibir como tal [...] Observar implica una cierta *organización activa de la visión*. Veré las cosas solo en la medida en que correspondan a un cierto interés. Cuando observo "algo", siempre tengo que "describirlo". Para ello, utilizo una serie de nociones que antes poseía; estas siempre se refieren a una representación teórica implícita, general. Sin estas nociones que me permiten organizar mi observación, no sé qué decir. [...] Así que, para observar, debemos reducir lo que vemos a nociones previamente poseídas. Una observación es una interpretación: significa integrar una cierta visión en la representación teórica de la realidad[24].

Este tipo de análisis está en línea con la crítica de un enfoque inductivo, en el sentido de que enfatiza que cualquier observación empírica está necesariamente "cargada de teoría"[25]. Nunca llega a un "dado". Como señala Wilfrid

---

[22] Sobre las diferentes corrientes epistemológicas, véase Barberousse, Anouk, Kistler, Max y Ludwig, Pascal, *La philosophie des sciences au XXe siècle*, Flammarion, París, 2000; Laugier, Sandra y Wagner, Pierre (dirs.), *Philosophie des sciences Théories, expériences et méthodes*, Vrin, París, 2004; y Laugier, Sandra y Wagner, Pierre (dirs.), *Philosophie des sciences II. Naturalisms et réalismes*, Vrin, París, 2004.

[23] Bernard, Claude, *Introducción al estudio de la medicina experimental*, J.-B. Baillière, París, 1865.

[24] Fourez, Gérard, *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4.ª ed., De Boeck, Bruxelles, 2002, pp. 32-33.

[25] Véase Hanson, Norwood Russell, *Patterns of Discovery. An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958; Kuhn, Thomas S., *La structure des révolutions scientifiques*, trad. fr. Meyer, Laure, Flammarion, París, 2008, pp. 157-188; Feyerabend, Paul, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. fr. Jurdant, Baudoin, Schlumberger, Agnès, Le Seuil, París, 1979; Sellars, Wilfrid, *Empirisme et philosophie de l'esprit*, préf. Rorty, Richard, trad. fr.

Sellars, "hemos admitido que no adquirimos un concepto de algo al notar este tipo de cosas, sino que, por el contrario, tener la capacidad de notar un tipo de cosas implica tener ya el concepto de este tipo de cosas, y por lo tanto no podemos dar cuenta de ello"[26]. Pero continúa en otra crítica, que a su vez afecta a la tesis deductiva que daría primacía a los conceptos, y por tanto a la teoría general del derecho, sobre el derecho positivo, y por consiguiente sobre el derecho comparado.

En efecto, las tesis convencionalistas llevan a la afirmación de que no existe una observación neutral, universal y ahistórica. Los conceptos utilizados para aprehender los fenómenos no resultan de la naturaleza de las cosas, es decir, del objeto analizado, sino del sujeto observador, que los superpone a una masa hasta entonces más o menos informe de percepciones olfativas, táctiles, visuales, sonoras, etc. Marcadas por una fuerte dependencia de un proyecto interesado y de una forma de compromiso, solidarias con los determinantes contextuales, encajan inevitablemente en una historia, una cultura, una lengua, una estructura económica, etc.[27] Numerosos autores han insistido así, contrariamente al enfoque deductivo, en la naturaleza necesariamente relativa de los conceptos teóricos por medio de los cuales se aprehende la variedad de derechos positivos comparados[28].

Tal tesis está en línea con la idea, común en la epistemología contemporánea, de que no hay observación posible de hechos "crudos". Esta es la razón por la que siempre hay un número infinito de teorías que dan cuenta de un número finito de percepciones empíricas. Dependiendo de los conceptos adoptados, diferentes teorías pueden reflejar, de varias maneras, los mismos datos sensibles. Según W.V.O. Quine,

> si tomas, en su totalidad, la porción dispersa del universo espacio-temporal que consiste en conejos, luego la porción que consiste en

---

Cayla, François, Editions de l'éclat, Combas, 1992; y Sellars, Wilfrid, "Foundations for a Metaphysics of Pure Process: The Carus Lectures", *The Monist*, vol. 64, n.º 1 (1981), pp. 3-90.

[26] Sellars, Wilfrid, *Empirisme et philosophie de l'esprit*, cit., p. 91.

[27] Stengers, Isabelle y Schlanger, Judith, *Les concepts scientifiques. Invention et pouvoir*, Gallimard, París, 1991; Fuller, Steve, *Social Epistemology*, Indiana University Press, Bloomington, 1988, pp. 233-249.

[28] Van Hoecke, Mark, "Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline", en id. (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 1-18, p. 16.

> partes de conejos no separadas, luego la porción que consiste en segmentos temporales de conejo, encontrarás la misma porción dispersa del universo tres veces. La única diferencia es cómo cortaste esta parte del universo[29].

Por lo tanto, es posible abordar el mismo conjunto de fenómenos de al menos tres maneras diferentes. Se pueden dar tres descripciones distintas, tan completas y tan verdaderas (o falsas) como la otra, dependiendo de si se quiere cortar, la ciencia ha adoptado el concepto del conejo, el concepto de la parte del conejo o el concepto del segmento temporal del conejo[30].

Un enfoque de este tipo no significa por consiguiente aceptar el relativismo absoluto. De hecho, no todas las ontologías son iguales. La elección está guiada en particular por la búsqueda de un "verdadero poder explicativo"[31] por el cual "reducimos la complejidad del flujo de nuestras experiencias a una simplicidad conceptual manejable"[32]. Por lo tanto, depende de su utilidad para llevar a cabo una determinada tarea. Para las ciencias empíricas tradicionales, esto incluye el desarrollo de una división del mundo que permita predecir eventos futuros. Así, Quine llega a sugerir que los objetos físicos en sí mismos no son más que intermediarios convenientes en una ciencia deseosa de predecir la experiencia futura basada en la experiencia pasada[33]. Se postulan culturalmente, al igual que los números irracionales, por ejemplo[34], y como otras entidades podrían serlo si fueran útiles[35]. Desde una perspectiva pragmatista, la esencia de las operaciones intelectuales consiste, pues, en elaborar

---

[29] Quine, Willard Van Orman, *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*, trad. fr. Largeault; Jean, Aubier, Paris, 1977, p. 44. Veáse también Quine, Willard Van Orman, *Le mot et la chose*, trad. fr. Dopp, Joseph, Gochet, Paul, av.-prop. Gochet, Paul, Flammarion, París, 1977, pp. 90-98, 116-117, 119, 124-125.

[30] Quine, Willard Van Orman, *La poursuite de la vérité*, 2.ª ed., trad. fr. Clavelin, Maurice, Le Seuil, París, 1993, p. 60; Quine, Willard Van Orman, "Les deux dogmes de l'empirisme", en Jacob, Pierre (ed.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours,* Gallimard, París, 1980, pp. 87-113; y Duhem, Pierre, *La théorie physique, son objet, sa structure*, 2.ᵉ ed., Marcel Rivière & Cie, París, 1914, p. 255.

[31] Quine, Willard Van Orman, "On What There Is", en id., *From a Logical Point of View. 9 Logico-Philosophical Essays*, 2.ª ed., Harvard UP, Cambridge, Massachusetts, 1964, p. 10.

[32] Ibíd., p. 17.

[33] Quine, Willard Van Orman, "Les deux dogmes de l'empirisme", cit.

[34] Quine, Willard Van Orman, "On What There Is", cit., p. 18.

[35] Quine, Willard Van Orman, "Les deux dogmes de l'empirisme", cit., p. 110.

un orden conceptual que, a través de sus divisiones discretas, disciplina, en función de ciertos objetivos, un flujo perceptivo continuo[36].

Esta concepción de la ciencia tiene algunos atractivos para la investigación jurídica. Lleva a acercarse al enfoque comparativo para incluir un paso en la elección de convenciones mediante las cuales el objeto será delimitado y comprendido. Como tal, en la medida en que el derecho positivo es esencialmente lingüístico, se trata de determinar el marco conceptual que rige el metalenguaje que el comparatista desarrolla en torno a un lenguaje-objeto hecho de un flujo indiferenciado. Como muestra la crítica del enfoque inductivo, cualquier observación se realiza necesariamente por medio y a través de un marco conceptual. Pero esta observación va ahora acompañada de otra dificultad, que llega hasta el enfoque deductivo. Ni los "hechos" ni los marcos conceptuales son dados de antemano y, como argumentan los estudios de epistemología social, tampoco los primeros son independientes de los contextos locales. En consecuencia, cualquier enfoque que pretenda ser deductivo solo puede tomar como punto de partida un conjunto de conceptos, modelos de inteligibilidad, cuadrículas de lectura o teorías que se ven necesariamente afectados por un cierto "parroquialismo". Este inevitable etnocentrismo socava el carácter científico, la neutralidad y la objetividad que se reivindican en un estudio científico comparativo. Los conceptos que ofrece simplemente no pueden ser neutrales, objetivos y totalmente ajenos a cualquier pensamiento jurídico necesariamente local. La teoría del derecho no puede ser "general" en este sentido preciso. Es imposible generar metaconceptos o metalenguajes que no estén conceptualmente anclados en el lenguaje objeto.

Esto es particularmente notable en el trabajo de Raymond Carré de Malberg, quien tiene, sobre varios autores, que toman los conceptos de "su" derecho como una interpretación universal de la ley, la ventaja de ser perfectamente explícito en su enfoque de extraer conceptos generales de un derecho particular[37]. Pero es "según los datos proporcionados por el derecho constitucional

---

[36] James, William, *Introduction à la philosophie*, trad. fr. Galetic, Stephan, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, París, 2006, pp. 51-72, 105.

[37] Véase la declaración completa del título de sus obras, Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, París, tomo 1, 1920, 1922; y Carré de Malberg, Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, París, 1933.

francés" que se desarrolla su "contribución a la teoría general del Estado". De ello se deduce que, en su propio principio, al igual que el enfoque inductivo, el establecimiento de una relación deductiva entre la teoría general del derecho y el derecho comparado está comprometido. Al igual de la situación anterior, no se encuentra en tal dinámica intelectual la posibilidad de fundamentar la elaboración de las herramientas intelectuales y prácticas que posibilitan una hermenéutica y una argumentación propiamente intercultural.

3. Un escape de la antinomia: una metodología con una orientación pragmatista

La situación es particularmente difícil. La alternativa entre una relación inductiva y una relación deductiva entre teoría general del derecho y derecho comparado agota todas las posibilidades lógicamente concebibles. Sin embargo, según una lógica de "bipolaridad de los errores" identificada por Gaston Bachelard[38], cada rama de la alternativa conduce a un callejón sin salida, que solo puede ser remediado por la otra rama de la alternativa, no sin causar dificultades para caer en un abismo que a su vez solo es soluble por medio de la estrategia antagónica, destinada al fracaso. Cualquiera que sea el enfoque elegido, aparece una antinomia de la siguiente forma, inspirada de Alf Ross[39]:

> *Tesis*: el derecho comparado permite identificar los conceptos compartidos por los diferentes sistemas jurídicos, cuya combinación constituye la teoría general del derecho.
> *Antítesis*: la teoría general del derecho proporciona al jurista los conceptos por los cuales puede estudiar derecho, ya sea su ley o cualquier otra ley.

Una manera de alejarse de la antinomia podría ser utilizar una metametodología con una orientación pragmatista. Esto permitiría abordar la doble aporía en la que tropiezan las dos formas de vincular el derecho comparado y la teoría jurídica general. A este nivel se pueden hacer dos tipos

[38] Bachelard, Gaston, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 5.ª ed., Vrin, París, 1967, p. 20.

[39] Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, trad. ingl. Fausbøll, Annie, E. Munksgaard, Copenhague, 1946.

de observaciones, cada una de las cuales está vinculada a debates filosóficos extremadamente complejos que solo pueden ser abordados en este caso de manera limitada. Deberían permitir, si no afrontar estos problemas en su totalidad, al menos aliviar algunos de ellos y dar algunas respuestas a las dos salvas de objeciones a las que se enfrentan las dos perspectivas ideal-típicas presentadas anteriormente. Sin que estas dificultades sean totalmente independientes, ya que responder a una implica una exposición ligeramente mayor a la otra, es posible distinguir una objeción gnoseológica (3.1.) y una objeción etnocéntrica (3.2.).

3.1. La objeción gnoseológica

La primera dificultad se refiere fundamentalmente a la relación entre los elementos aprehendidos por los conceptos proporcionados por la teoría del derecho y estos conceptos en sí mismos. En otras palabras, se refiere a la amplia cuestión de la "primacía" entre el concepto y lo "real".

La adopción de una concepción relacionada con el convencionalismo lleva a un acercamiento con la actitud de autores como Willard Van Orman Quine[40] o Hilary Putnam. Según la filosofía "interiorista" o "pragmatista realista" de este último, es radicalmente imposible acceder a la cruda realidad en toda su pureza. Los "hechos" solo se captan a través de un marco conceptual, y es imposible que el hombre salga de sí mismo y adopte en ellos el punto de vista totalmente externo y sobresaliente de Dios[41]. Según Putnam, "la pregunta '*De qué objetos está hecho el mundo*' sólo tiene sentido en una teoría o una descripción"[42]. Es por eso que el

> internalismo no niega que el conocimiento recibe *inputs* de la experiencia [...]. Pero, el internalismo niega que haya *inputs que no estén influenciados hasta cierto punto por nuestros conceptos*, por el vocabulario que usamos para reportarlos y describirlos, o que

---

[40] Quine, Willard Van Orman, *Le mot et la chose*, cit., p. 55.

[41] Putnam, Hilary, *Raison, vérité et histoire*, cit., pp. 61-87. Véase también Putnam, Hilary, *Fait/valeur: la fin d'un dogme et autres essais*, trad. fr. Caveribère, Marjorie, Cometti, Jean-Pierre, L'éclat, París, Tel Aviv, 2004, pp. 119-120; y Forrai, Gábor, *Reference, Truth and Conceptual Schemes. A Defense of Internal Realism*, Kluwer, Dordrecht, 2001.

[42] Putnam, Hilary *Raison, vérité et histoire*, cit., p. 61.

> haya insumos *que permitan una descripción única, independiente de cualquier elección conceptual*[43].

Los fundadores del pragmatismo estadounidense ya habían establecido, como William James, que "lo que decimos sobre la realidad depende, pues, del ángulo desde el que la miramos. *Que lo sea o no* depende sólo de ello, pero *lo que es* depende del ángulo elegido y esta elección depende de nosotros"[44].

De ello se deduce que los elementos del derecho positivo comprendidos en una comparación por medio de los conceptos generales construidos por la teoría del derecho no pueden ser puros. Solo pueden ser, a partir de ahora, mediatizados por conceptos anteriores[45].

La propia posibilidad de determinar una prioridad gnoseológica entre conceptos y mundo empírico puede considerarse dudosa, ya que los conceptos parecen estar configurados para captar fenómenos que en sí mismos solo son accesibles a través de conceptos anteriores, cuya construcción resulta necesariamente de una confrontación con fenómenos, etc. En palabras de William James, "en el mundo en que vivimos, es imposible, excepto a través de la retrospección teórica, desentrañar la red de contribuciones respectivas del intelecto y los sentidos"[46].

Esto conduce a una orientación hacia una visión coherentista u holística del conocimiento. Lleva a renunciar a la representación de nuestro conocimiento como una pirámide de justificaciones en cuya cúspide se encuentra un conjunto de fundamentos (creencias no demostradas, pruebas, datos empíricos, etc.) que no pueden ser cuestionados, en favor de una visión según la cual las diferentes creencias o tesis encuentran su justificación en su pertenencia a un conjunto de elementos coherentes, pero perfectamente falibles, cuestionables, ajustables y revisables, que contribuyen a sustentar a la vez que

---

[43] Ibíd., p. 66.

[44] James, William, *Le pragmatisme*, trad. fr. Ferron, Nathalie, pref. y ed. Madelrieux, Stéphane, Flammarion, París, 2007, p. 261.

[45] Putnam, Hilary, *Raison, vérité et histoire*, cit., pp. 61-62, 66-68. Véase en la misma línea Davidson, Donald, "On the VeryIdea of a Conceptual Scheme", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, n.º 47 (1973-1974), pp. 5-20.

[46] James, William, *Introduction à la philosophie*, cit., p. 100. Véase también ibíd., p. 55; Blanché, Robert, *L'épistémologie*, PUF, París, 1972, pp. 78-87, 120-121.

se justifican por sus otros elementos[47]. Contrariamente a la idea de enunciados protocolarios indiscutibles, Otto Neurath fue uno de los primeros en proponer otra perspectiva. Según él, "*no hay forma de hacer de las declaraciones protocolarias que han sido definitivamente aseguradas de su pureza el punto de partida para la ciencia*. No hay *tabula rasa*. Somos como marineros obligados a reconstruir su barco en alta mar, sin poder desmontarlo nunca en un muelle y reconstruirlo de nuevo con mejores piezas"[48]. Por lo tanto, ningún elemento tiene la más mínima precedencia intrínseca, de modo que sería imposible cuestionarlo sobre la base del estado de sus relaciones con los demás elementos del conjunto. Como tal, "la distinción epistemológica entre lo que está fundamentado y lo que no está fundamentado es una cuestión de centro de gravedad"[49]. La perspectiva coherentista heredada de Neurath[50] invita, en los términos de Wilfrid Sellars, a considerar que "el conocimiento empírico, así como su sofisticada extensión, la ciencia, es en realidad racional, no porque tenga un *fundamento*, sino porque es una empresa que se corrige a sí misma, y puede poner en peligro *cualquier* afirmación, aunque no *toda a la vez*"[51]. Por lo tanto, son esencialmente diferentes "versiones" de lo que se describe las que se enfrentan entre sí[52]. Concepto y mundo empírico —y, por lo tanto, la

---

47 Para una presentación, véase Dutant, Julien y Engel, Pascal, *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*, Vrin, París, 2005; Davidson, Donald, "A Coherence Theory of Truth and Knowledge", en id., *The Essential Davidson*, Clarendon Press, Oxford, 2006, pp. 225-241; Lehrer, Keith, "The Coherence Theory of Knowledge", *Philosophical Topics*, n.º 14 (1986), pp. 5-25; Elgin, Catherine Z., "Non-foundationalist Epistemology: Holism, Coherence, and Tenability", en Steup, Matthias y Sosa, Ernest (eds.), *Contemporary Debates in Epistemology*, Malden (Massachusetts), Blackwell, Oxford, 2005, pp. 156-167; y Thagard, Paul, *Coherence in Thought and Action*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, 2000.

48 Neurath, Otto, "Enoncés protocolaires", [1932-1933], trad. fr. en Soulez, Antonia (coord.), *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, 2.ª ed., trad. fr., Vrin, París, 2010, pp. 207-218, p. 211. Véase también Neurath, Otto, "Radikaler Physikalismus und 'Wirkliche welt'", *Erkenntnis*, vol. 4, n.º 1 (1934), pp. 346-362.

49 Quine, Willard Van Orman, *Le mot et la chose*, cit., p. 47.

50 Véase, por ej., Neurath, Otto, "Enoncés protocolaires", cit., p. 213.

51 Sellars, Wilfrid, *Empirisme et philosophie de l'esprit*, cit., p. 83.

52 Goodman, Nelson, *Manières de faire des mondes*, trad. fr. Popelard, Marie-Dominique, Gallimard, París, 2006, pp. 19, 22, 131-152. Véase también Di Robilant, Enrico, *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1968, p. 201; Rosch, Eleanor, "Principles of Categorization", en Margolis, Eric y Laurence, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings*, The MIT Press, Cambridge, 1999, pp. 189-206, pp. 190-191; y Rorty, Richard, *Objectivisme, relativisme et vérité*, trad. fr. Cometti, Jean-Pierre, PUF, París, 1994, pp. 105-132.

teoría del derecho y el derecho comparado— se involucran entre sí de manera “cíclica” o “circular”, reclamando constantemente una reactualización de cada uno de ellos. Como señala Charles C. Ragin:

> En la práctica, sin embargo, no suele haber una brecha intencional de este tipo entre la formación de hipótesis y conceptos, por un lado, y el análisis de los datos, por otro lado. La mayoría de los descubrimientos, al menos los más interesantes, suelen ser el resultado de alguna forma de formación de conceptos e hipótesis enraizada en análisis de datos preliminares. En otras palabras, la mayoría de los supuestos y conceptos son refinados, a menudo reformulados, después de que los datos han sido recolectados y analizados. Los estudios iniciales de los datos presentes a menudo conducen a constatar lo inadecuado de formulaciones teóricas iniciales, y se desarrolla una especie de diálogo entre las herramientas conceptuales que el investigador desarrolla para comprender los datos, y el análisis de estos datos en sí[53].

Al final, radicalizando esta concepción y ofreciéndole una formulación muy general, parece posible afirmar que el valor de la construcción propuesta se mide por el carácter “satisfactorio”, es decir, intelectual o prácticamente “pagador”[54] —cada uno siendo juez de lo que le agrada— del mundo que permite construir y de la historia que permite contar correlativamente[55]. Así, la investigación científica, constituida por sucesivas apuestas conceptuales que se prueban a su vez desde el punto de vista de sus consecuencias prácticas para la persona que las emplea, está vinculada a los *intereses locales* de la persona que la realiza. De ello se deduce, según Jean-Pierre Cléro, que

> si necesitamos estas proporciones [entre objetos de estudio del comparatista], debemos ser capaces de dárnoslas a nosotros mismos y, en

[53] Ragin, Charles C., *The Comparative Method. Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*, University of California Press, Berkeley, 1987, p. 164.

[54] La expresión es de William James, citada por Dewey, John, “Le développement du pragmatisme américain”, *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 29, n.º 4 (1922), pp. 411-430, p. 421, n. 1. Véase, por ej., James, William, *Introduction à la philosophie*, cit., pp. 61 y 114.

[55] Sobre esta idea, véase, por ej., Rorty, Richard, *Objectivisme, relativisme et vérité*, cit., p. 83.

> lugar de encontrarnos con la *ontología* como un obstáculo, admitir la primacía de la *deontología* y de la práctica para darnos a nosotros mismos las operaciones ontológicas, es decir, las proporciones que necesitamos[56].

Desde este punto de vista, es por lo tanto hacia una forma de pragmatismo que se orienta el metamétodo propuesto[57].

Más allá de los "paradigmas"[58] de Thomas S. Kuhn, de los "programas de investigación"[59] de Imre Lakatos o de las "tradiciones de investigación"[60] de Larry Laudan, cada uno de los cuales representa compromisos epistemológicos fundamentales que condicionan y gobiernan el alcance, el contenido, la progresión y la validación de la investigación científica, se trata de desarrollar la creatividad superando los límites y las jerarquías científicas preexistentes en el campo de la ciencia y promoviendo una comunicación muy libre entre los enfoques cognitivos[61].

Una multiplicidad de metodologías se puede desarrollar y merece la pena desarrollarlas[62]. Si existe un metalenguaje comparativo, definitivamente no puede ser neutro, sino necesariamente implicado y sustentador de una

---

[56] Cléro, Jean-Pierre, *Essai sur les fictions*, Hermann, París, 2014, p. 234.

[57] Véase James, William, *Le pragmatisme*, cit., pp. 255-279.

[58] Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3.ª ed., University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 1996.

[59] Lakatos, Imre, *Histoire et méthodologie des sciences. Programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, trad. fr. Malamoud, Catherine., Spitz Jean-Fabien, Intro. Giard, Luce, PUF, París, 1994.

[60] Laudan, Larry, *Progress and its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth*, Routledge & Kegan Paul, London, 1977.

[61] Véase en esp. Sil, Rudra, Katzenstein, Peter, *Beyond Paradigms. Analytical Eclecticism in the Study of World Politics*, MacMillan, Palgrave, 2010, pp. 1-2, 4, 10, 43-48.

[62] Véase también Grossfeld, Bernhard, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990, pp. 11-12; Palmer, Vernon V., "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, n.º 1 (2005), pp. 261-290; Husa, Jaakko, "Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?", *International Review of Comparative Law*, n.º 58 (2006), pp. 1095-1117; Adams, Maurice, Bomhoff, Jacco, "Against 'Comparative Method': Explaining Similarities and Differences", en Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 279-301; Berthelot, Jean-Michel, *L'intelligence du social. Le pluralisme explicatif en sociologie*, PUF, París, 1990; y Berthelot, Jean-Michel, "Programmes, paradigmes, disciplines: pluralité et unité des sciences sociales", en id. (dir.), *Epistémologie des sciences sociales*, PUF, París, 2012, pp. 457-519.

"perspectiva"[63] determinada, lo que contribuye, en pie de igualdad con una multiplicidad de otras perspectivas, a ordenar una forma de equilibrio necesariamente inestable entre conceptos y percepciones. Destacando que "no existe un punto de vista absolutamente público y universal [que las] percepciones privadas e incomunicables permanecen siempre, y [que] lo peor es que quienes las buscan desde el exterior jamás saben dónde"[64]; esta sensibilidad lleva a enfrentarse a una segunda objeción con mayor urgencia, a la vez que permite afrontarla de una manera más serena.

3.2. La objeción del etnocentrismo

La segunda objeción es básicamente afirmar que, además de su propia ingenuidad en principio, la idea de un metalenguaje neutro y comprensivo no oculta una forma de etnocentrismo, precisamente bajo el pretexto de escapar de él. Según Rorty, "De hecho, *no tenemos un* lenguaje que pueda servir como una matriz neutral permanente, en la que todas las hipótesis explicativas admisibles puedan ser formuladas, y no tenemos idea de cómo construir uno"[65]. Esta dificultad no es más que una versión de problemas hermenéuticos muy generales, destacados en particular por Hans-Georg Gadamer[66]. Es imposible entender un objeto cultural en sus "propios" términos, es decir, liberándose de hábitos, creencias, prejuicios, expectativas, interpretaciones, formas de vida, etc. Todo observador está siempre puesto en una cierta disposición intelectual o ubicado en modelos y preconceptos según los cuales, inevitablemente, organiza sus percepciones y pensamientos, y que necesariamente los condicionan[67]. Significativamente, Louis Assier-Andrieu relata cómo, cada uno devolviendo lo desconocido a lo conocido en su primer contacto, los aztecas asimilaron a

[63] Sobre el "perspectivismo científico", que ofrece una forma de término medio entre el "realismo objetivo" y el "constructivismo radical", véase Giere, Ronald N., *Scientific Perspectivism*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 2006.

[64] James, William, *Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life'sIdeals*, Henry Holt and Company, Nueva York, 1899, p. v.

[65] Rorty, Richard, *L'homme spéculaire*, trad. fr. Marchaisse, Thierry, Le Seuil, París, 1990, p. 384.

[66] Gadamer, Hans-Georg, *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, ed. fr. Fruchon, Pierre, Grondin, Jean, Merlio, Gilbert, Le Seuil, París, 1996, pp. 286-292, 312-321.

[67] Véase igualmente Skinner, Quentin, "Meaning and Understanding in the History of Ideas", *History and Theory*, n.º 8 (1969), pp. 3-53, esp. p. 6; y Dunn, John, "The Identity of the History of Ideas", *Philosophy*, n.º 43 (1968), pp. 85-104.

los jinetes de Hernán Cortés a centauros mitológicos, mientras que los conquistadores consideraban a los primeros como bestias[68]. Desde el punto de vista antropológico, Philippe Descola estableció la existencia de formas muy diferentes de "cortar el tejido de las cosas"[69], de "explicar las diferencias en la forma de habitar el mundo y darle sentido"[70] y, en consecuencia, de diferentes maneras de conocer el mundo. Según él, se dividen en cuatro categorías[71]:

> Las fórmulas autorizadas por la combinación de interioridad y fisicalidad son muy limitadas: en presencia de cualquier otra persona, humana o no humana, puedo asumir que posee elementos de fisicalidad e interioridad idénticos a los míos, o que su interioridad y fisicalidad son distintas de las mías, o que tenemos interioridades similares y fisicalidades heterogéneas, o finalmente que nuestras interioridades son diferentes y nuestras fisicalidades análogas. Llamaré a la primera combinación "totemismo", al segundo "analogismo", al tercero "animismo" y al último "naturalismo". Estos principios de identificación definen cuatro tipos principales de ontología, es decir, los sistemas de propiedades de los existentes, que sirven de anclaje para formas contrastantes de cosmologías, modelos de conexión social y teorías de identidad y alteridad[72].

El totemismo asocia conjuntos de unidades sociales con objetos naturales. Las diferencias entre ellos se utilizan para reflejar las distinciones que deben hacerse a nivel social. El analogismo subdivide lo existente en una multitud de elementos que están separados entre sí solo por pequeñas brechas, de modo que la búsqueda de continuidad y similitudes entre ellos permite, sin que el hombre se encuentre en una posición privilegiada, hacer soportable la diversidad. El animismo es la imputación por parte del hombre de una interioridad o cultura idéntica a la suya, a pesar de su heterogeneidad física, a los

---

[68] Assier-Andrieu, Louis, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Dalloz, París, 2011, p. 127.

[69] Descola, Philippe, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, París, 2013, p. 127.

[70] Ibíd., p. 534.

[71] Ibíd., pp. 163-333.

[72] Ibíd., p. 176.

no humanos (animales, plantas, etc.). La diferenciación no es por el alma, sino por los cuerpos, de modo que la continuidad cultural contrasta con la discontinuidad natural. El naturalismo trata de la continuidad de las fisicalidades y la discontinuidad de las interioridades. Occidente piensa principalmente de esta manera y considera que la diferencia entre los seres humanos y los demás seres proviene de nuestra conciencia, de nuestra subjetividad, de nuestro dominio de los símbolos, etc. Los movimientos antiespeciesistas tienden a cuestionar esta concepción. De estas diferentes ontologías fluyen distintas actitudes cognitivas y epistémicas, que demuestran cómo un determinado aparato conceptual está necesariamente incrustado en una situación muy local.

Entre los comparatistas, Pierre Legrand es el autor que más defiende la tesis de que los derechos objeto de la comparación son solidarios con los entornos culturales, intelectuales, lingüísticos, históricos, sociales, psicológicos y de otro tipo, que incorporan de tal manera que son difíciles de conminar entre sí[73]. En particular, se deduce que, en su opinión, la transferencia de una norma jurídica de un sistema a otro es radicalmente imposible:

> Un elemento crucial de la calidad de la norma —su significado— no sobrevive el viaje de un sistema jurídico a otro. A medida que las palabras cruzan las fronteras, intervienen diferentes racionalidades y moralidades para suscribir y hacer realidad las palabras prestadas: la cultura anfitriona sigue articulando *su* investigación moral de acuerdo con las normas tradicionales de justificación. Así, la forma verbal importada recibe necesariamente un significado local diferente, lo que la convierte *ipso facto en una regla diferente*[74].

---

[73] Véase, por ej., Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, 4.ª ed., PUF, París, 2011; id., "La comparaison des droits expliquée à mes étudiants", en id. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París, 2009, pp. 209-244; Legrand, Pierre, "Sur l'analyse différentielle des juriscultures", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 51 (1999), pp. 1053-1071; Legrand, Pierre, "The Same and the Different", en Legrand, Pierre y Munday, Roderick (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 240-331. Véase también Bussani, Mauro, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, trad. cast. Sánchez Jordán, María Elena, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

[74] Legrand, Pierre, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 4 (1997), pp. 111-124, p. 117.

Desde un punto de vista metodológico, la transición de una cultura a otra que cualquier comparación satisfactoria implica solo puede hacerse desde un punto de vista dado, de modo que cualquier pretensión de concebir un lenguaje y una trama conceptual, es decir, los elementos de una teoría general del derecho, capaz de superar varios derechos, es ilusoria. El sesgo inducido por la cultura original del autor[75], y en particular la primera cultura jurídica en la que se formó, parece inevitable[76].

El riesgo es lo que Joachim Matthes llamó "Nostrifizierung" o "nosotrosificación". Esta operación consiste en aprehender y comprender a los demás como si fueran idénticos a nosotros mismos. Se deriva, en particular, del hecho de que los metaconceptos mediante los cuales se realiza la comparación son a menudo proyecciones culturales del universo del comparador. Como tales, es posible que no permitan una comparación de derechos en sus propios términos, sino solo una lectura que reduzca la alteridad a la identidad[77]. Esta es también la conclusión, que invita a la cautela, sugerida por los socioepistemólogos. Las construcciones conceptuales permanecen marcadas por los contextos en los que se desarrollan. A pesar de su crítica al método de desarrollo de conceptos teóricos basados en un determinado derecho positivo, que conduce a la lectura de instituciones extranjeras en el molde de las instituciones nacionales, la pretensión de construir un metalenguaje teórico neutro no escaparía, aunque se sitúe en un nivel lingüístico más alto, a su inclusión en un contexto determinado, lo que lleva a que el investigador sea siempre, de una u otra manera, parte del campo de observación. Ha invertido su objeto, aunque solo sea por su lenguaje, por las categorías y conceptos que

---

[75] Véase, por ej., Douglas, Mary, "Cultural Bias", en id., *In the Active Voice*, Routledge & Kegan Paul, London, 1982, pp. 183-254.

[76] Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, cit., pp. 5-6, 11, 13-14, 46, 58-59, 83. Véase, por ej., en el mismo sentido, Izorche, Marie-Laure, "Propositions méthodologiques pour la comparaison", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 53 (2001), pp. 289-325; Izorche, Marie-Laure, "Approches épistémologiques de la comparaison des droits", en Legrand, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, cit., pp. 140-141; Crossman, Brenda, "Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project", *Utah Law Review*, 1997, pp. 525-544; y Ponthoreau, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, París, 2010, pp. 65-73, 94-97, 124, 205.

[77] Matthes, Joachim, "The Operation Called 'Vergleichen'", en id. (eds.), *Zwischen den Kulturen? Die Sozialwissenchaften vor dem Problem des Kulturvergleichs*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1992, pp. 75-99, pp. 83-84.

utiliza, por su experiencia histórica, por los conocimientos previos a los que se refiere, etc. Por lo tanto, su posición está descentrada[78].

Por eso, la reflexión epistemológica propuesta no puede llegar milagrosamente a una situación de trascendencia arquimediana en cuanto a los vínculos culturales, sociales, lingüísticos y de otro tipo del autor. Como mínimo, se debe hacer un esfuerzo deliberado para sensibilizar sistemáticamente sobre estos supuestos y controlar, en la medida de lo posible, su impacto en la elección del tema de investigación, la orientación del estudio, la construcción de demostraciones, etc. Esto es precisamente lo que está en juego en el uso de la teoría jurídica. Desde una perspectiva científica, el objetivo es hacer que estos supuestos y las opciones que conducen sean lo más explícitos posible y accesibles intersubjetivamente. Estrictamente inevitable, su clara exposición debe facilitar una discusión abierta e imparcial[79], y permitir que todos asuman la responsabilidad de sus tesis[80]. Como Richard Rorty señala en una versión radical de la cual puede que no compartamos todas las consecuencias,

> [El] holismo [de Sellars y Quine] resulta de su adhesión a la tesis de que la justificación no releva una relación especial entre ideas (o palabras) y objetos, sino del orden de la conversación, de la práctica social. La justificación conversacional es, por así decirlo, naturalmente holística, mientras que la noción de justificación arraigada en la tradición de la teoría del conocimiento es reductiva y atomística. [...] La premisa crucial de este argumento es que captamos lo que es el conocimiento cuando entendemos cómo se justifican socialmente

---

[78] Werner, Michael y Zimmermann, Bénédicte, "Penser l'histoire croisée: entre empirie et réflexivité", *Annales. History, Social Sciences*, vol. 58, n.º 1 (2003), pp. 7-36, p. 11.

[79] En este sentido, véase esp. Fourez, Gérard, *La construction des sciences*, cit., pp. 236, 327; Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, cit., pp. 73-125; Ponthoreau, Marie-Claire, "Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 57 (2005), pp. 7-27; Ponthoreau, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., pp. 82-84; y Lemmens, Koen, "Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship", en Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, cit., pp. 302-325, esp. p. 314.

[80] Véase, en este sentido, Carrette, Jeremy, "Etudes religieuses comparatives et éthique de la connaissance: de la moralité des catégories", en Legrand, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, cit., pp. 509-536, p. 513.

> nuestras creencias; por lo tanto, no hay necesidad de concebirlo como una exactitud de representación.
>
> A partir del momento en que la conversación reemplaza a la confrontación, la noción de espíritu-espejo-de-naturaleza puede ser abandonada. La idea de que la filosofía sería una disciplina que buscaría —entre las representaciones que forman el "espejo"— aquellas que tienen un estatus privilegiado, entonces se vuelve ininteligible. Un holismo consecuente es incompatible con la idea de que la filosofía es una empresa "conceptual", "apodíctica", que indica los "fundamentos" del resto del conocimiento, que explica qué representaciones son "datos puros" y cuáles otras son "puramente conceptuales", que presenta una "notación canónica" (más que un descubrimiento empírico) o que aísla las "categorías heurísticas transculturales". Al concebir el conocimiento como una cuestión de conversación y práctica social, más que como un intento de reflejar la naturaleza, no nos inclinaremos a considerar una metapráctica que criticaría todas las formas posibles de práctica social. Es por eso que el holismo induce (como Quine ha demostrado en detalle, y como Sellars señaló de pasada) una concepción de la filosofía que no tiene nada que ver con la búsqueda de la certeza[81].

Por lo tanto, no parece defendible ni apropiado argumentar que la teoría general del derecho es capaz de permitir que el autor de la comparación adquiera un metalenguaje totalmente neutro. Como señala Günter Frankenberg, "la neutralidad ficticia estabiliza la influencia y la autoridad de la propia perspectiva del comparatista, y mantiene la buena conciencia con la que los comparatistas despliegan las dicotomías, distinciones y sistematizaciones que se imponen a sí mismos"[82]. De hecho, como Jack M. Balkin también señala, postular la existencia de un observador imparcial y desapegado, sin una cultura o historia legal, es imaginar a un individuo que no tiene las habilidades para

---

[81] Rorty, Richard, *L'homme spéculaire*, cit., p. 195.

[82] Frankenberg, Gunter, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, n.º 26 (1985), pp. 411-455, p. 425. Véase, en términos más generales, Frankenberg, Gunter, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

entender los fenómenos humanos, o implícitamente, o incluso inadvertidamente, erigir una cultura particular al nivel de un ideal. En contraste con este enfoque y en relación con la forma en que puede abordarse la objeción gnoseológica, es esencial destacar la contribución activa sujeto del conocimiento a la construcción del objeto conocido[83].

Además del ámbito de aplicación de esta visión renovada, abiertamente pragmatista, instrumental y relativista de la teoría del derecho, la práctica del derecho comparado ofrece precisamente una manera de estimular su creatividad, desarrollando su carácter autocrítico y reflexivo. Asumiendo que cada discurso depende de la "perspectiva" del hablante, a quien elige tanto como está constituido por él, el pragmatismo es la base de un pluralismo metodológico. Rechaza todo esencialismo de categorías y conduce al razonamiento, según una expresión apreciada por Charles Sanders Peirce, en términos de "investigación"[84], es decir, menos en términos de convenciones o de decisiones conceptuales que ofrecen cuadrículas para la lectura del derecho positivo, que en términos del proceso de elaboración de convenciones. Desde ese punto de vista,

> El pragmatismo es un método práctico para evaluar las convenciones. La pregunta específica del método pragmático puede formularse ahora de la siguiente manera: ¿con qué ideas debemos entrar en convenciones para aumentar, consolidar nuestro sentido de confianza, ampliar nuestro campo de acción o nuestro campo de pensamiento?[85]

La comparación legal puede ayudar a revelar esta estructura mental. Si parece imposible escapar de uno mismo a través de cualquier forma de *epochè*, el estudio comparativo ofrece precisamente un medio precioso para descentralizar y experimentar nuestro propio condicionamiento. Permite, así como lo refieren los especialistas en "historia cruzada" a propósito de sus propias dificultades, "controlar las incidencias a partir de un trabajo de objetivación de

---

[83] Balkin, Jack M., "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", *Yale Law Journal*, n.º 103 (1993-1994), pp. 105-176, p. 166.

[84] Peirce, Charles S., "The Fixation of Belief", *Popular Science Monthly*, n.º 12 (noviembre de 1877), pp. 1-15.

[85] Lapoujade, David, *William James. Empirisme et pragmatisme*, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, París, 2007, p. 122.

los reportes multifacéticos al objeto —sabiendo que esta objetivación siempre será parcial— con el fin de controlar mejor los sesgos que es probable que introduzcan en los resultados de la encuesta"[86]. Estos ajustes posibilitan, si no ganar en el desapego, por lo menos progresar en la conciencia de los apegos. Según Frankenberg,

> podemos trascender la perspectiva, aprender, comprender y empatizar con lo que encontramos "extraño", "extranjero" o "exótico", siempre y cuando reconozcamos que somos partícipes de una cultura y observadores de todas las demás. Trascender la perspectiva significa darse cuenta de que utilizamos nuestro lenguaje, que está ligado a nuestra cultura, para captar lo que es nuevo y aparentemente diferente de nosotros. Si bien no podemos deshacernos de nosotros mismos, de nuestra historia cognitiva y de su bagaje de presuposiciones y perspectivas a voluntad, podemos, sin embargo, tratar de dar cuenta de ello honesta y conscientemente, sometiéndolos a un nuevo examen autocrítico[87].

Por lo tanto, parece posible, hasta cierto punto, distanciarse de uno mismo, observarse y comprenderse, suspender la participación y el compromiso en una práctica mediante el desarrollo de metaprácticas tendencialmente críticas.

El enfoque pragmatista también me parece especialmente valioso en la medida en que, abierto al debate, tiene una dimensión muy liberal en términos de epistemología[88]. Por principio, impide cualquier ortodoxia monolítica y puede estimular un debate metametódico. Esto debería ayudar a identificar las distintas formas posibles de abordar la comparación legal, los supuestos

---

[86] Werner, Michael y Zimmermann, Bénédicte, "Penser l'histoire croisée: entre empirie et réflexivité", cit, pp. 20-21.

[87] Frankenberg, Gunter, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", cit., pp. 442-443. Veáse también Frankenberg, Gunter, *Comparative Law as Critique*, cit., pp. 70-112; Ascarelli, Tullio, "Premesse allo studio del diritto comparato", en id, *Studi di dirittocomparato e in tema de interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 3-40, p. 10; y Pegoraro, Lucio, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bononia UP, Bologna, 2014, p. 41.

[88] Véase Husa, Jaakko, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatsrecht*, vol. 67, n.º 3 (2003), pp. 419-447; y Lemmens, Koen, "Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship", cit., pp. 302-325.

metodológicos o sustanciales con los que se solidarizan, y los resultados que se pueden esperar de ellos. Como Marie-Claire Ponthoreau, según la cual "no hay un método correcto. Solo existen enfoques comparativos bien argumentados que justifiquen las decisiones tomadas" y que "se pronuncien [en consecuencia] a *favor de una comparación pluralista*"[89], no creo que debamos, en esta materia, defender una ortodoxia que conserve solo un y único método aceptable de comparación[90]. La diversidad en este campo debe ser aceptada y buscada, según los objetos estudiados, los propósitos de los autores, los fines asignados a la operación comparativa: "El método comparativo debe conducir al pluralismo hermenéutico o, mejor aún, al pluralismo como principio hermenéutico"[91]. "Si una de las riquezas del derecho comparado es su dimensión subversiva"[92], es en la variedad de la descentralización, en la multiplicidad de las renovaciones de los puntos de vista y en la riqueza de las narraciones que produce, en resumen, en el vigor de las sorpresas que aporta, donde merece ser cultivado[93].

Conclusión: un alivio necesariamente precario

A partir de la necesidad de abordar las objeciones que suscitan las diferentes formas de combinar el derecho comparado y la teoría del derecho, creo que

---

[89] Ponthoreau, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, cit., p. vi.

[90] Veáse también Somma, Alessandro, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma, 2014, pp. 147-148, 153-154, 176; Van Hoecke, Mark, "Methodology of Comparative Legal Research", cit.; Hirschl, Ran, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014; Nielsen, Laura B., "The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research", en Cane, Peter y Kritzer, Herbert (ed.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 951-975; Brady, Henry y Collier, David (eds.), *Rethinking Social Inquiry. Diverse Tools, Shared Standards*, Rowman & Littlefield, Lanham, Md., 2004; Brewer, John y Hunter, Albert, *Foundations of Multimethod Research. Synthesizing Styles*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2006; y Lieberman, Evan, "Nested Analysis as a Mixed Method Strategy for Comparative Research", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3 (2005), pp. 435-352.

[91] Jucquois, Guy, "Le comparatisme, éléments pour une théorie", en Jucquois, Guy y Vielle, Christophe (eds.), *Le comparatisme dans les sciences de l'homme. Approches pluridisciplinaires*, De Boeck université, Bruxelles, 2000, pp. 17-46, p. 35.

[92] Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n.º 4 (1998), pp. 683-700; Muir Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 52, (2000), pp. 503-527; y Großfeld, Bernhard, "Comparatists and Language", en Legrand, Pierre y Munday, Roderick (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, cit., pp. 154-194.

[93] Véase, en el mismo sentido, Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco, "Comparing Law: Practice and Theory", en id (ed.), *Practice and Theory in Comparative Law*, cit., pp. 1-21, p. 5.

se han establecido, aunque de forma muy parcial, los fundamentos metodológicos de la investigación y las precauciones que deberá tomar para evitar dos obstáculos identificados por Mark van Hoecke. Según él,

> la mayoría de las investigaciones comparativas han mostrado un notable *optimismo epistemológico ingenuo*, haciendo comparaciones como si la comparación de los sistemas jurídicos no implicara ningún problema epistemológico específico, o como si la realización de estos estudios pudiera aislarse de aquellos problemas más teóricos que podrían dejarse en manos de los teóricos del derecho. Por otra parte, en respuesta a estos problemas, un *fuerte pesimismo epistemológico* ha llevado a la negación pura y simple de cualquier posibilidad de comparar sistemas jurídicos, y mucho menos de armonizarlos[94].

Una de las notables ventajas de un enfoque abiertamente pragmatista me parece que radica en la conciencia que impone de la naturaleza implicada y relativa de nuestras empresas, que no son más que prácticas sociales, tanto condicionadas como finalizadas. Por lo tanto, les da el carácter de intentos de decir modestamente cosas interesantes a los demás, o más precisamente de someterlas a debate, en el marco de una empresa intelectual que es intrínsecamente colectiva, así como individual[95]. De ese modo, no se puede esperar, un tanto ingenuamente, llegar a la identificación de condiciones necesarias y suficientes para una hermenéutica y una argumentación intercultural, sino que se llega a una consciencia cada vez más articulada de las dificultades de tal tipo de empresa, que implica un esfuerzo constante y conduce a resultados siempre perfeccionables.

Dado que el método finalmente elegido depende de factores contextuales locales, no cabe duda de que las condiciones para esta elección pueden ser objeto de un estudio comparativo. Como señala Geoffrey Samuel, "lo que el derecho comparado debería tener como primer objetivo son los modelos que

---

[94] Van Hoecke, Mark, "Deep Level Comparative Law", en id. (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 165-195, pp. 172-173.

[95] Sobre la importancia de la comunidad en el pensamiento pragmático, véase, por ej., Lapoujade, David, *William James. Empirisme et pragmatisme*, cit., pp. 130-145.

pueden ser utilizados para construir hechos"[96], de modo que "debería permitir el estudio de la estructura interna del conocimiento jurídico"[97]. En otras palabras, el derecho comparado puede contribuir en gran medida a poner a prueba la construcción por cada sistema de su propia realidad social percibida[98]. "Más allá de las relaciones instrumentales entre la teoría general del derecho y el derecho comparado, esta perspectiva establece una conexión más íntima entre ellos. Si entendemos que la *jurisprudencia comparada* es el estudio comparativo de las concepciones intelectuales que subyacen a las principales instituciones de uno o más sistemas jurídicos extranjeros"[99], ella apunta a una forma de estudio comparativo del razonamiento jurídico, o incluso, quizás más profundamente, de la construcción comparada de las conciencias jurídicas[100]. Al mismo tiempo, abre el foco de los estudios de derecho comparado a las mentalidades jurídicas y a los determinismos contextuales que rigen el desarrollo de los métodos de análisis comparativo, y aboga por una forma de "comparación de comparaciones" destinada a "comprender cómo los individuos encapsulados en una cultura son capaces de penetrar los pensamientos de los individuos encapsulados en otra"[101]. Así, se puede esperar conseguir intentos de encuentro y comprensión intercultural.

Esta propuesta debe admitir claramente que, por lo tanto, no resuelve ninguno de los dos problemas fundamentales que ha identificado. Simplemente espera tener la virtud wittgensteiniana para aliviar, aunque solo sea temporalmente y de una manera cuestionable y revisable, la profunda incomodidad que parece ser consustancial con la metodología legal comparativa. El enfoque sobre el que propongo concluir es claramente deflacionista. "Siempre hay espacio para una mejor creencia, ya que siempre pueden surgir nuevas

---

[96] Samuel, Geoffrey, "Comparative Law and Jurisprudence", cit., p. 827.

[97] Ibíd., p. 833.

[98] Ibíd., p. 836.

[99] Ewald, William, "Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?", *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 143 (1995), pp. 1889-2149, p. 2114.

[100] Ewald, William, "Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?", cit.; Ewald, William, "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *American Journal of Comparative Law*, 1995, 43, pp. 489-510; y Ewald, William, "The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to 'Rats'", *American Journal of Comparative Law*, n.º 46 (1998), pp. 701-707.

[101] Geertz, Clifford C., *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, trad. fr. Paulme, Denise, PUF, París, 2012, p. 218.

evidencias, nuevas hipótesis o vocabulario completamente nuevo"[102]. Pero este deflacionismo se aplica a sí mismo, ya que solo debe entenderse como un supuesto, nada más, cuya relevancia y productividad deben ser probadas y comprobadas continuamente[103].

De este modo, la perspectiva propuesta escapa a la contradicción denunciada por Anne Peters y Heiner Schwenke. Según estos autores, las tesis del "posmodernismo" de que cualquier razonamiento está necesariamente encerrado en marcos epistémicos, lingüísticos, culturales y morales que son inconmensurables entre sí, para hacer imposible la comunicación entre conjuntos cerrados y herméticos de determinaciones contextuales, son insostenibles. Además de exponerse a las críticas de Karl Popper al "mito del marco"[104], este relativismo es contradictorio. De hecho, al pretender situarse por encima y más allá de los inconmensurables marcos para describir su aislamiento, afirma beneficiar de la trascendencia de la cual niega la posibilidad misma[105]. Por otro lado, en este caso, no se hace ningún reclamo para escapar de su propia tesis. Como ha sabido desarrollar Gianni Vattimo, todo es interpretación, incluso la frase "todo es interpretación", todo depende del contexto, incluida esta última tesis, de modo que cualquier interpretación implica la historicidad del intérprete[106]. De ese modo se posibilita, de manera cautelosa y autoconsciente, una comprensión intercultural en el ámbito jurídico.

Son precisamente estos dos tipos de conocimientos y prácticas intelectuales —teoría general del derecho y derecho comparado— los que nos permiten, para desviar una alegoría utilizada por Hilary Putnam, sacar nuestros cerebros de la tina del juridismo en el que a menudo se encuentran exclusivamente sumergidos[107], hacer que el dominio del estudio dogmático y puramente interno del derecho ceda, de acuerdo con el alcance subversivo que se les ha

---

102 Rorty, Richard, *Objectivisme, relativisme et vérité*, cit., p. 38.

103 Véase, por ejemplo, en el campo de la teoría de la verdad, Wrenn, Chase, *Truth*, Polity, Cambridge, 2015, p. 163.

104 Popper, Karl, *The Myth of the Framework. In Defence of Science and Rationality*, Routledge, London, 1994.

105 Peters, Anne y Schwenke, Heine, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n.º 4 (2000), pp. 800-834.

106 Vattimo, Gianni, *De la realidad. Fines de la filosofía*, trad. cast. Martínez Riu A., Barcelona, Herder, 2013.

107 Putnam, Hilary, *Raison, vérité et histoire*, cit.

atribuido en varias ocasiones[108], y hacer justicia, en las disciplinas jurídicas, a lo que Richard Rorty llamó el "espíritu lúdico"[109].

Bibliografía

AA. VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900. Procès-verbaux des séances et documents*, 2 vol., LGDJ, París, 1905-1907, vol. 1, pp. 26-60.

Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco, "Comparing Law: Practice and Theory", en Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 1-21.

Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco, "Against 'Comparative Method': Explaining Similarities and Differences", en Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco (eds.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 279-301.

Ascarelli, Tullio, "Premesse allo studio del diritto comparato", en id. (ed.), *Studi di diritto comparato e in tema de interpretazione*, Giuffrè, Milano, 1952, pp. 3-40.

Assier-Andrieu, Louis, *L'autorité du passé. Essai anthropologique sur la Common Law*, Dalloz, París, 2011.

Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence*, Intro. Hart, H.L.A., Weidenfeld y Nicholson, London, 1954.

Bachelard, Gaston, *La formation de l'esprit scientifique. Contribution à une psychanalyse de la connaissance objective*, 5.ª ed., Vrin, París, 1967.

Balkin, Jack M., "Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence", *Yale Law Journal*, n.º 103 (1993-1994), pp. 105-176.

Barberousse, Anouk, Kistler, Max y Ludwig, Pascal, *La philosophie des sciences au* XX*e siècle*, Flammarion, París, 2000.

Bell, John, "Comparative Law and Legal Theory", en Krawietz, Werner, MacCormick, Neil y Von Wright, Georg Henrik (eds.), *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems. Festschrift for Robert S. Summers*, Duncker & Humblot, Berlín, 1994, pp. 19-31.

---

[108] Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", cit.; y Muir Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", cit.

[109] Rorty, Richard, *L'homme spéculaire*, cit., p. 190.

Bernard, Claude, *Introducción al estudio de la medicina experimental*, J.-B. Baillière, París, 1865.

Berthelot, Jean-Michel, "Programmes, paradigmes, disciplines: pluralité et unité des sciences sociales", en id. (dir.), *Epistémologie des sciences sociales*, PUF, París, 2012, pp. 457-519.

Berthelot, Jean-Michel, *L'intelligence du social. Le pluralisme explicatif en sociologie*, PUF, París, 1990.

Blanché, Robert, L'épistémologie, PUF, París, 1972.

Brady, Henry y Collier, David (eds.), *Rethinking Social Inquiry. Diverse Tools, Shared Standards*, Rowman & Littlefield, Lanham, Md., 2004.

Brewer, John y Hunter, Albert, *Foundations of Multimethod Research. Synthesizing Styles*, Sage Publications, Thousand Oaks, California, 2006.

Bussani, Mauro, *El derecho de Occidente. Geopolítica de las reglas globales*, trad. cast. Sánchez Jordán, María Elena, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, São Paulo, Marcial Pons, 2018.

Capeller, Wanda y Kitamura, Takanori (dirs.), *Une introduction aux cultures juridiques non occidentales. Autour de Masaji Chiba*, Bruylant, Bruxelles, 1998.

Carré de Malberg, Raymond, *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation*, Sirey, París, 1933.

Carré de Malberg, Raymond, *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, Sirey, París, tomo 1, 1920, 1922.

Carrette, Jeremy, "Etudes religieuses comparatives et éthique de la connaissance: de la moralité des catégories", en Legrand, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, *Comparer les droits, résolument*, PUF, París, 2009, pp. 509-536.

Cléro, Jean-Pierre, *Essai sur les fictions*, Hermann, París, 2014.

Crossman, Brenda, "Turning the Gaze Back on Itself: Comparative Law, Feminist Legal Studies, and the Postcolonial Project", *Utah Law Review* (1997), pp. 525-544.

Davidson, Donald, "A Coherence Theory of Truth and Knowledge", en id., *The Essential Davidson*, Clarendon Press, Oxford, 2006, pp. 225-241.

Davidson, Donald, "On the Very Idea of a Conceptual Scheme", *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association*, n.º 47 (1973-1974), pp. 5-20.

Descola, Philippe, *Par-delà nature et culture*, Gallimard, París, 2013.

Dewey, John, "Le développement du pragmatisme américain", *Revue de métaphysique et de morale*, vol. 29 n.º 4 (1922), pp. 411-430.

Di Robilant, Enrico, *Modelli nella filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1968.

Douglas, Mary, "Cultural Bias", en id. (ed.), *In the Active Voice*, Routledge & Kegan Paul, London, 1982, pp. 183-254.

Duhem, Pierre, *La théorie physique, son objet, sa structure*, 2.ª éd., Marcel Rivière & Cie, París, 1914.

Dunn, John, "The Identity of the History of Ideas", *Philosophy*, n.º 43, (1968), pp. 85-104.

Dutant, Julien y Engel, Pascal, *Philosophie de la connaissance. Croyance, connaissance, justification*, Vrin, París, 2005.

Eisenmann, Charles, "Intervention au colloque", en Mosler, Hermann (ed.), *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart. Länderberichte und Rechtsvergleichung. Internationales Kolloquiumveranstaltetvom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg 1961*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlín, 1962, p. 875.

Eisenmann, Charles, *Centralisation et décentralisation. Esquisse d'une théorie générale*, LGDJ, París, 1948.

Elgin, Catherine Z., "Non-foundationalist Epistemology: Holism, Coherence, and Tenability", en Steup, Matthias y Sosa, Ernest (eds.), *Contemporary Debates in Epistemology*, Malden (Massachusetts), Blackwell, Oxford, 2005, pp. 156-167.

Ewald W., "Comparative Jurisprudence (II): The Logic of Legal Transplants", *American Journal of Comparative Law*, n.º 43 (1995), pp. 489-510.

Ewald, William, "Comparative Jurisprudence (I): What Was It Like to Try a Rat?", *University of Pennsylvania Law Review*, n.º 143 (1995), pp. 1889-2149.

Ewald, William, "The Jurisprudential Approach to Comparative Law: A Field Guide to 'Rats'", *American Journal of Comparative Law*, n.º 46 (1998), pp. 701-707.

Feyerabend, Paul, *Contre la méthode. Esquisse d'une théorie anarchiste de la connaissance*, trad. fr. Jurdant, Baudoin, Schlumberger, Agnès, Le Seuil, París, 1979.

Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n.º 4 (1998), pp. 683-700.

Forrai, Gábor, *Reference, Truth and Conceptual Schemes. A Defense of Internal Realism*, Kluwer, Dordrecht, 2001.

Fourez, Gérard, *La construction des sciences. Les logiques des inventions scientifiques*, 4.ª ed., De Boeck, Bruxelles, 2002.

Frankenberg, Gunter, "Critical Comparisons: Re-thinking Comparative Law", *Harvard International Law Journal*, n.º 26 (1985), pp. 411-455.

Frankenberg, Gunter, *Comparative Law as Critique*, Edward Elgar, Cheltenham, 2016.

Fuller, Steve, *Social Epistemology*, Indiana University Press, Bloomington, 1988.

Gadamer, Hans-Georg, *Vérité et Méthode. Les grandes lignes d'une herméneutique philosophique*, ed. fr. Fruchon, Pierre, Grondin, Jean, Merlio, Gilbert, Le Seuil, París, 1996.

Geertz, Clifford C., *Savoir local, savoir global. Les lieux du savoir*, trad. fr. Paulme, Denise, PUF, París, 2012.

Giere, Ronald N., *Scientific Perspectivism*, University of Chicago Press, Chicago, Illinois, 2006.

Glenn, H. Patrick, *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, 5.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2014.

Goodman, Nelson, *Manières de faire des mondes*, trad. fr. Popelard, Marie-Dominique, Gallimard, París, 2006.

Großfeld, Bernhard, "Comparatists and Language", en Legrand, Pierre y Munday, Roderick (eds.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 154-194.

Grossfeld, Bernhard, *The Strength and Weakness of Comparative Law*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Hirschl, Ran, *Comparative Matters. The Renaissance of Comparative Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

Husa, Jaakko, "Farewell to Functionalism or Methodological Tolerance?", *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatsrecht*, vol. 67, n.º 3 (2003), pp. 419-447.

Husa, Jaakko, "Methodology of Comparative Law Today: From Paradoxes to Flexibility?", *International Review of Comparative Law*, n.º 58 (2006), pp. 1095-1117.

Izorche Marie-Laure, "Approches épistémologiques de la comparaison des droits", en Legrand, Pierre (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París, 2009, pp. 123-146.

Izorche Marie-Laure, "Propositions méthodologiques pour la comparaison", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 53 (2001), pp. 289-325.

James, William, *Introduction à la philosophie*, trad. fr. Galetic, Stephan, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, París, 2006.

James, William, *Le pragmatisme*, trad. fr. Ferron, Nathalie, pref. y ed. Madelrieux, Stéphane, Flammarion, París, 2007.

James, William, *Talks to Teachers on Psychology: and to Students on Some of Life'sIdeals*, Henry Holt and Company, Nueva York, 1899.

Jucquois, Guy, "Le comparatisme, éléments pour une théorie", en Jucquois, Guy y Vielle, Christophe (eds.), *Le comparatisme dans les sciences de l'homme. Approches pluridisciplinaires*, De Boeck université, Bruxelles, 2000, pp. 17-46.

Kamba, W.J., "Comparative Law: A Theoretical Framework", *International and Comparative LQ*, n.º 23 (1976), pp. 485-519.

Kuhn, Thomas S., *La structure des révolutions scientifiques*, trad. fr. Meyer, Laure, Flammarion, París, 2008, pp. 157-188.

Kuhn, Thomas S., *The Structure of Scientific Revolutions*, 3.ª ed., Chicago, Illinois, Londres, University of Chicago Press, 1996.

Lakatos, Imre, *Histoire et méthodologie des sciences. Programmes de recherche et reconstruction rationnelle*, trad. fr. Malamoud, Catherine, Spitz Jean-Fabien, Intro. Giard, Luce, PUF, París, 1994.

Lapoujade, David, *William James. Empirisme et pragmatisme*, Les empêcheurs de penser en rond, Le Seuil, París, 2007.

Laudan, Larry, *Progress and its Problems. Towards a Theory of Scientific Growth*, Routledge & Kegan Paul, London, 1977.

Laugier, Sandra y Wagner, Pierre (dirs.), *Philosophie des sciences Théories, expériences et méthodes*, Vrin, París, 2004.

Laugier, Sandra y Wagner, Pierre (dirs.), *Philosophie des sciences II. Naturalisms et réalismes*, Vrin, París, 2004.

Legrand, Pierre, "La comparaison des droits expliquée à mes étudiants", en id. (dir.), *Comparer les droits, résolument*, PUF, París, 2009, pp. 209-244.

Legrand, Pierre, "Sur l'analyse différentielle des juriscultures", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 51 (1999), pp. 1053-1071.

Legrand, Pierre, "The Impossibility of 'Legal Transplants'", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, n.º 4 (1997), pp. 111-124.

Legrand, Pierre, "The Same and the Different", en Legrand, Pierre y Munday, Roderick (ed.), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge UP, 2003, pp. 240-331.

Legrand, Pierre, *Le droit comparé*, 4ª ed., PUF, París, 2011.

Lehrer, Keith, "The Coherence Theory of Knowledge", *Philosophical Topics*, n.º 14 (1986), pp. 5-25.

Lemmens, Koen, "Comparative Law as an Act of Modesty: A Pragmatic and Realistic Approach to Comparative Legal Scholarship", en Adams, Maurice y Bomhoff, Jacco (ed.), *Practice and Theory in Comparative Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, pp. 302-325.

Lieberman, Evan, "Nested Analysis as a Mixed Method Strategy for Comparative Research", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3 (2005), pp. 435-352.

Matthes, Joachim, "The Operation Called 'Vergleichen'", en id. (ed.), *Zwischen den Kulturen? Die Sozialwissenchaften vor dem Problem des Kulturvergleichs*, Otto Schwartz & Co., Göttingen, 1992, pp. 75-99.

Muir Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 52 (2000), pp. 503-527.

Neurath, Otto, "Enoncés protocolaires", [1932-1933], trad. fr. in Soulez, Antonia (coord.), *Manifeste du Cercle de Vienne et autres écrits*, 2.ᵉ éd., trad. fr., Vrin, París, 2010, pp. 207-218.

Neurath, Otto, "Radikaler Physikalismus und 'Wirkliche welt'", *Erkenntnis*, vol. 4, n.º 1 (1934), pp. 346-362.

Nielsen, Laura B., "The Need for Multi-Method Approaches in Empirical Legal Research", en Cane, Peter, Kritzer, Herbert (ed.), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, Oxford, 2010, pp. 951-975.

Örücü, Esin, "Developing Comparative Law", en Örücü, Esin, Nelken, David (ed.), *Derecho comparado. A Handbook*, Hart Publishing, Oxford, 2007, pp. 43-65.

Örücü, Esin, *Symbiosis Between Comparative Law and Theory of Law. Limitations of Legal Methodology*, Mededelingen van het Juridisch Instituut, Erasmus Universiteit Rotterdam, n.º 16, 1982.

Palmer, Vernon V., "From Lerotholi to Lando: Some Examples of Comparative Law Methodology", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 53, n.º 1 (2005), pp. 261-290.

Pegoraro, Lucio, *Diritto costituzionale comparato. La scienza e il metodo*, Bononia UP, Bologna, 2014.

Peters, Anne, Schwenke, Heine, "Comparative Law Beyond Post-Modernism", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49, n.º 4 (2000), pp. 800-834.

Pfersmann, Otto, "Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 53 (2001), pp. 275-288.

Peirce, Charles S., "The Fixation of Belief", *Popular Science Monthly*, noviembre de 1877, 12, pp. 1-15.

Ponthoreau, Marie-Claire, "Le droit comparé en question(s) entre pragmatisme et outil épistémologique", *Revue internationale de droit comparé*, n.º 57 (2005), pp. 7-27.

Ponthoreau, Marie-Claire, *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Economica, París, 2010.

Popper, Karl, *The Myth of the Framework. In Defence of Science and Rationality*, Routledge, London, 1994.

Putnam, Hilary, *Fait/valeur: la fin d'un dogme et autres essais*, trad. fr. P. Caveribère, Marjorie, Cometti, Jean-Pierre, L'éclat, París, Tel Aviv, 2004.

Putnam, Hilary, *Raison, vérité et histoire*, trad. fr. Gerschenfeld, Abel, Les éditions de Minuit, París, 1994.

Quine, Willard Van Orman, "Les deux dogmes de l'empirisme", en Jacob, Pierre (ed.), *De Vienne à Cambridge. L'héritage du positivisme logique de 1950 à nos jours*, Gallimard, París, 1980, pp. 87-113.

Quine, Willard Van Orman, "On What There Is", *Review of Metaphysics*, vol. 2, n.º 1, (1948), pp. 21-38.

Quine, Willard Van Orman, *La poursuite de la vérité*, 2.ª ed., trad. fr. Clavelin, Maurice, Le Seuil, París, 1993.

Quine, Willard Van Orman, *Le mot et la chose*, trad. fr. Dopp, Joseph, Gochet, Paul, av.-prop. Gochet, Paul, Flammarion, París, 1977.

Quine, Willard Van Orman, *Relativité de l'ontologie et quelques autres essais*, trad. fr. Largeault; Jean, Aubier, París, 1977.

Ragin, Charles C., *The Comparative Method. Moving Beyond Qualitative and Quantitative Strategies*, University of California Press, Berkeley, 1987.

Redwood French, Rebecca, *The Golden Yoke. The Legal Cosmology of Buddhist Tibet*, Cornell University Press, Ithaca, 1995.

Rorty, Richard, *L'homme spéculaire*, trad. fr. Marchaisse, Thierry, Le Seuil, París, 1990.

Rorty, Richard, *Objectivisme, relativisme et vérité*, trad. fr. Cometti, Jean-Pierre, PUF, París, 1994.

Rosch, Eleanor, "Principles of Categorization", en Margolis, Eric y Laurence, Stephen (eds.), *Concepts. Core Readings*, The MIT Press, Cambridge, 1999, pp. 189-206.

Ross, Alf, *Towards a Realistic Jurisprudence. A Criticism of the Dualism in Law*, trad. ingl. Fausbøll, Annie, E. Munksgaard, Copenhague, 1946.

Sacco, Roberto, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

Sacco, Roberto, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment II of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 343-401.

Samuel, Geoffrey, "Comparative Law and Jurisprudence", *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 47 (1998), pp. 817-836.

Samuel, Geoffrey, "Droit comparé et théorie du droit", *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, n.º 57 (2006), pp. 1-35.

Sellars, Wilfrid, *Empirisme et philosophie de l'esprit*, préf. Rorty, Richard, trad. fr. Cayla, François, Editions de l'éclat, Combas, 1992.

Sellars, Wilfrid, "Foundations for a Metaphysics of Pure Process: The Carus Lectures", *The Monist*, n.º 64 (1981), pp. 3-90.

Sil, Rudra, Katzenstein, Peter, *Beyond Paradigms. Analytical Eclecticism in the Study of World Politics*, MacMillan, Palgrave, 2010.

Skinner, Quentin, "Meaning and Understanding in the History of Ideas", *History and Theory*, n.º 8 (1969), pp. 3-53.

Somma, Alessandro, *Introduzione al diritto comparato*, Laterza, Roma, 2014.

Stengers, Isabelle y Schlanger, Judith, *Les concepts scientifiques. Invention et pouvoir*, Gallimard, París, 1991.

Storini, Claudia y Alenza García, José Francisco, *Materiales sobre neoconstitucionalismo y nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Thomson, Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

Thagard, Paul, *Coherence in Thought and Action*, MIT Press, Cambridge, Massachusetts, Londres, 2000.

Tur, Richard, "The Dialectic of General Jurisprudence and Comparative Law", *Juridical Review*, 1977, pp. 238-249.

Twining, William, "Comparative Law and Legal Theory: The Country and Western Tradition", en Edge, Ian (ed.), *Comparative Law in Global Perspective*, Transnational Publishers, Ardsley, Nueva York, 2000, pp. 21-76.

Van Hoecke, Mark, "Deep Level Comparative Law", en id. (ed.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2004, pp. 165-195.

Van Hoecke, Mark, "Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline", en id. (ed.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?*, Hart Publishing, Oxford, 2011, pp. 1-18.

Van Hoecke, Mark, "Methodology of Comparative Legal Research", en http://www.lawandmethod.nl/tijdschrift/lawandmethod/2015/12/RENM-D-14-00001.pdf (consultado el 18 de marzo de 2016).

Vattimo, Gianni, *De la realidad. Fines de la filosofía*, trad. cast. Martínez Riu A., Barcelona, Herder, 2013.

Ver Hanson, Norwood Russell, *Patterns of Discovery. An Inquiry into the Conceptual Foundations of Science*, Cambridge University Press, Cambridge, 1958.

Vernengo, Roberto J., "Racionalidad y conocimientocientifico en la jurisprudencia", in Schmill Ordóñez, Ulíses y Vernengo, Roberto J., *Pureza metódica y racionalidad en la teoría del derecho. Tres ensayos sobre Kelsen*, Instituto de investigaciones jurídicas, UNAM, México, 1984, pp. 51-95.

Viciano Pastor, Roberto y *Martínez Dalmáu*, Rubén, "El nuevo constitucionalismo latinoamericano: fundamentos para una construcción doctrinal", *Revista General de Derecho P*úblico *Comparado*, n.º 9 (2011), pp. 1-24.

Werner, Michael, Zimmermann, Bénédicte, "Penser l'histoire croisée: entre empirie et réflexivité", *Annales. History, Social Sciences*, vol. 58, n.º 1 (2003), pp. 7-36.

Weyr, Frantisek, "Remarques générales sur la nature juridique de la méthode comparative", en *Introduction à l'étude du droit comparé. Recueil d'études en l'honneur d'Edouard Lambert*, LGDJ, París, 1938, tomo 1, pp. 311-314.

Wrenn, Chase, *Truth*, Polity, Cambridge, 2015.

La comparación jurídica como instrumento epistemológico para el estudio y la investigación en el ámbito de los derechos de la naturaleza, la interculturalidad y los procesos de paz*

Silvia Bagni**
Giorgia Pavani***

Introducción: la trayectoria del derecho comparado como ciencia y como método

El año 1900 ha sido elegido como fecha de nacimiento de la moderna ciencia de la comparación jurídica. En ese año, en París, los más destacados juristas comprometidos con el estudio de los ordenamientos vigentes en los varios países del mundo (Saleilles, Lambert, Lévi-Ullmann, Kohler, Pollock, Kahn, Esmein, entre otros) debatieron si el producto de sus investigaciones pudiese considerarse una ciencia autónoma o simplemente un método aplicable a las ciencias del derecho público o privado[1]. La doctrina nos advierte que esa fecha solo es simbólica, en cuanto se pueden encontrar pródromos de comparación jurídica ya en la Antigüedad (pensamos en Aristóteles, con su estudio sobre

* Aún en el marco de un intento científico común, los apartados 1 y 2 pueden atribuirse a Silvia Bagni y el apartado 3 a Giorgia Pavani (los contenidos del apartado 3 han sido desarrollado en el libro *El gobierno local. De los antiguos modelos europeos al nuevo paradigma latinoamericano*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2019).

** Investigadora en Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Bolonia. silvia.bagni@unibo.it.

*** Profesora titular de Derecho Público Comparado, Departamento de Ciencias Políticas y Sociales, Universidad de Bolonia. giorgia.pavani@unibo.it.

[1] AA.VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances et documents*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1905-07.

las "Constituciones" antiguas). En la Edad Moderna, los juristas siempre han utilizado la comparación como método para profundizar el conocimiento de las instituciones y de su propio derecho (es suficiente recordar el enfoque comparativo de las obras de Montesquieu y Tocqueville), mientras que las primeras cátedras de derecho comparado se remontan al siglo XIX en Inglaterra[2]. Sin embargo, hay que reconocer que, como ciencia autónoma, es decir "conjunto de conocimientos obtenidos mediante la observación y el razonamiento, sistemáticamente estructurados y de los que se deducen principios y leyes generales con capacidad predictiva y comprobables experimentalmente"[3], el derecho comparado ha florecido en la academia occidental, entre Europa y América del Norte, a partir de 1900, a lo largo del siglo pasado. En cambio, con el fenómeno de la globalización, que ha afectado también el ámbito jurídico, sobretodo con la llamada constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos y el imperio de la *soft law* producido por organizaciones internacionales o por transnacionales privadas, algunos autores, a final de siglo, han preconizado la inutilidad del derecho comparado como ciencia autónoma y la victoria del nuevo proceso de colonización cultural derivado de la tendencia a la uniformización y a la concentración del poder económico a nivel global[4].

América Latina no ha conocido la época de oro del derecho comparado, que raramente se encuentra aplicado como método científico en los artículos académicos, y aún menos se enseña como ciencia autónoma en el camino formativo universitario del jurista. Sin embargo, en esta fase del constitucionalismo latinoamericano, la contribución que la comparación jurídica puede aportar al proceso de descolonización del saber y a la construcción de la "nueva epistemología del Sur"[5] es relevante. Vemos por lo menos dos ámbitos en los cuales el derecho comparado puede ser un precioso instrumento para fortalecer este camino de emancipación cultural: i) el enfoque intercultural;

[2] Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016, pp. 76-83.

[3] Real Academia Española, en https://www.rae.es.

[4] Siems, Mathias, "The End of Comparative Law", *Journal of Comparative Law*, n.º 2 (2007), pp. 133-150.

[5] De Sousa Santos, Boaventura, *Construyendo las epistemologías del Sur. Antología*, vols. I y II, Clacso, Buenos Aires, 2018.

ii) el tema medioambiental. En seguida, trataremos el tema de la gestión del territorio bajo un nuevo paradigma (andino).

1. El enfoque intercultural: la valorización de los aportes autóctonos para la construcción de nuevas clasificaciones

El objeto de estudio del derecho comparado son los distintos ordenamientos jurídicos vigentes en un lugar y en un tiempo determinados. De hecho, la comparación puede ser sincrónica o diacrónica, concentrándose tanto en el presente como en el pasado, incluyendo o no el propio ordenamiento del investigador. Al principio, la influencia de las doctrinas liberales y del positivismo jurídico limitaron el ámbito de investigación de los comparatistas al estudio de las legislaciones extranjeras del mundo occidental, en aplicación de un concepto limitado de "ordenamiento jurídico" y de "derecho", que consideraba el Estado como principal productor de normas, con la excepción de los países islámicos. El cambio de perspectiva se produce hacia la mitad del siglo XX, por dos circunstancias distintas: la afirmación del bloque soviético, de un lado; y las innovaciones tecnológicas en los transportes y en las comunicaciones, por otro lado, que abren al jurista nuevas vías de conocimiento hacia lugares hasta la fecha considerados exóticos y poco accesibles. Fuera de Occidente, el concepto de "ordenamiento" aparece al jurista mucho menos monolítico y "ordenado", así como el alcance mismo de lo que hay que entender como "derecho", en culturas donde la costumbre, la religión, la espiritualidad y el honor siguen teniendo un rol de primer plano en la producción de vínculos entre individuos, y donde la trasmisión oral prevalece sobre la escritura. Es así que el derecho comparado se ha transformado en una ciencia "subversiva"[6] respecto al enfoque jurídico "tradicional": ha abandonado el concepto de "ordenamiento" o "sistema jurídico", a favor de otros tales como "tradición" o "narración"; ha introducido la idea de "formante"[7], concepto más amplio

[6] Muir-Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n.º 3 (2000), pp. 503-527; y Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *Am. J. Comp. L.*, n.º 46 (1998), pp. 683-700.

[7] Según el destacado maestro comparatista Rodolfo Sacco, los formantes "indican los diferentes conjuntos de reglas y proposiciones que, dentro del ordenamiento, contribuyen a generar el orden jurídico de un grupo, en un determinado lugar y en un determinado tiempo". Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *Am. J. Comp. L*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

respecto a "fuente del derecho", en cuanto incluye todo acto o facto que *efectivamente* produce derecho, aun cuando no reconocido por el ordenamiento estatal, como por ejemplo la jurisprudencia en el *civil law*, o el derecho indígena; ha admitido la disociación entre formantes como carácter fisiológico, y no patológico, en situaciones de pluralismo jurídico; ha intentado elaborar otros marcos interpretativos, más allá de la pirámide kelseniana, aplicables a contextos tanto de Estado-nación como de pluralismo, como el triángulo de Masaji Chiba o la cometa de Menski[8]; ha aplicado a la ciencia jurídica metodologías, lógicas y paradigmas cognitivos afinados por otras ciencias, como la *fuzzy logic* o teoría de los conjuntos débiles. La sistémica, es decir, la rama del derecho comparado que se dedica a la clasificación de las familias jurídicas, describe muy bien este cambio en la evolución de las propuestas clasificatorias a partir de la Conferencia de París, pasando por David, Zweigart y Kötz, hasta la clasificación *fuzzy* de Mattei y Monateri o la famosa obra *Legal Traditions of the World* de Glenn[9].

Solo aplicando el enfoque comparado se puede entender el sentido profundamente innovador con el cual algunos autores hablan de un "nuevo constitucionalismo latinoamericano"[10], porque para matizarlo hay que tomar en cuenta el contexto político y sociocultural de los países del subcontinente y una serie de elementos extrajurídicos que están verdaderamente determinando su emancipación del constitucionalismo liberal-democrático del Norte. En primer lugar, la participación popular, tanto en la fase constituyente como en

---

[8] Menski, Werner, "Globalisation and the new utopia of multicultural/intercultural and plurilegal states: Some methodological reminders", en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 120-143. Enrico Buono, analizando el constitucionalismo boliviano, propone de utilizar una chakana para entender las conexiones entre los formantes del ordenamiento: Buono, Enrico, "'Columbus' Mistake, Bridging the Gap in the Global South: the Implementation of Institutional Multiculturalism between India and Las Indias", *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, n.º 26 (2019), pp. 1-32.

[9] David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon, R. Durand-Auzias, París, 1950; Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North Holland Pub., Ámsterdam-New-York, 1977; Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997; y Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2000.

[10] Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 36-44.

la gestión cotidiana del Estado; y, más específicamente, la emersión de grupos subalternos, como los indígenas, las mujeres, los discapacitados, como sujetos políticos y de derecho. Ellos reivindican un rol igualitario respecto a los otros componentes sociales, en el proceso de construcción de un nuevo pacto constituyente y de una nueva identidad común, respetuosa de las distintas tradiciones culturales. Se trata del concepto de interculturalidad, que ya se asoma en la Constitución colombiana de 1991, siendo formalmente implementado por la Corte constitucional como enfoque multicultural; y que viene propuesto expresamente como fundamento del proceso constituyente en Ecuador (2008) y Bolivia (2009).

"Interculturalismo" significa diálogo entre culturas en nivel paritario, "para construir nuevas síntesis (interfecundación), lograr una compresión plural de la realidad, canalizar los conflictos y construir un futuro equitativo e incluyente"[11]. Ramón Valarezo afirma que la interculturalidad representa un significativo paso adelante respecto a los conceptos de "multiculturalismo" y "pluriculturalismo", porque estos últimos son solamente descriptivos de una situación de hecho: requieren reconocimiento y tolerancia, pero no se interesan de las relaciones y de los conflictos entre culturas. En cambio, el interculturalismo se centra en la relación entre los "diversos", impostando entre ellos un proceso de encuentro creativo y equitativo, de diálogo y negociación de valores, que tiene como finalidad la unión en la diferencia.

Pasando del plano sociológico al jurídico, ¿cuáles son las consecuencias prácticas del enfoque intercultural?[12] En América Latina, uno de los elementos distintivos del *nuevo constitucionalismo* es que casi todos los países han intentado disciplinar la relación entre Estado y pueblos indígenas, empezando por la modificación del paradigma de asimilación, utilizado durante siglos por la cultura colonizadora dominante. Solo no se enfrentan con el tema Chile, Costa Rica, Surinam y Uruguay. Pero es con las Constituciones de Ecuador y Bolivia que la interculturalidad se declina en distintos niveles: plurinacionalidad e interculturalidad son principios constitutivos de la forma de Estado, definida en el art. 1.º de ambas constituciones; la interculturalidad se impone

---

[11] Ramón Valarezo, Galo, *Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitucion?*, en http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf (consultado el 5 de septiembre de 2019).

[12] Más detalles en Bagni, Silvia, "Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural", en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia?*, cit., pp. 5-13.

como criterio interpretativo de los derechos individuales y colectivos; y finalmente, el debate intercultural en las Asambleas Constituyentes ha producido la recepción en Constitución de valores e instituciones propias de los grupos subalternos, como el buen vivir, que ahora se vuelven comunes a todos los ecuatorianos y bolivianos, bajo un concepto de plurinación que se fundamenta sobre una única ciudadanía pero distintas nacionalidades.

Colombia es un caso particular porque, a pesar del hecho de que la Constitución apenas menciona el pluralismo jurídico, la Corte constitucional ha producido una jurisprudencia expansiva, que del simple reconocimiento de los derechos identitarios colectivos de los pueblos indígenas ha llegado, en ámbitos específicos como por ejemplo el medioambiental, a la creación de nuevas relaciones jurídicas bajo la cosmovisión indígena (v. *infra*, § 2.1).

A pesar de la constitucionalización del principio intercultural en América Latina, muchos juristas siguen siendo críticos hacia su dimensión normativa, su valor prescriptivo y sus fronteras con el multiculturalismo. El verdadero problema que se esconde detrás de este escepticismo es que aceptar el enfoque intercultural en el derecho, y específicamente en el ámbito constitucional, implica un replanteamiento de las bases teóricas de muchas categorías jurídicas fundamentales, a partir de la teoría del Estado y del concepto mismo de "derecho fundamental" (¿qué significa reconsiderar la igualdad y la dignidad con enfoque intercultural?)[13].

El jurista que no maneja los instrumentos de la comparación, y no comparte sus fundamentos teóricos, encuentra muchas dificultades en esta operación, que implica aceptar el pluralismo jurídico y las contradicciones y aporías que introduce en el ordenamiento. El comparatista, en cambio, parte de la idea de que el derecho es multiforme; que su evolución no es lineal; que no hay valores absolutos; que el contexto extrajurídico determina el modo de entender y aplicar el mismo derecho entre comunidades que viven en lugares, tiempos y condiciones diferentes; que la precomprensión del investigador puede influir sobre su capacidad de entender un derecho ajeno. El comparatista está acostumbrado a la diversidad, mientras que el jurista interno venera la homogeneidad. Consciente del peligro representado por el etnocentrismo,

---

[13] Bagni, Silvia, "Does Interculturalism matter in legal studies?", *DPCE Online*, n.º 2 (2019), pp. 1279-1283, en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/731 (consulta del 5 de septiembre de 2019).

el comparatista se acerca al derecho extranjero con espíritu abierto y humilde, bien sabiendo que el *tertium comparationis* que está al fondo de cualquier comparación es la común naturaleza humana, tanto del sujeto que estudia un derecho "extranjero" como del sujeto que está sometido a aquel sistema jurídico objeto de estudio. Siente que solo por esta vía es posible realizar en concreto el sueño de una sociedad y de un derecho justos, un "pluriverso", "un mundo donde quepan muchos mundos"[14], contrarrestando la ola de odio e intolerancia frente a lo diverso, que caracteriza este preciso momento histórico.

Por este motivo, el comparatista se acerca a su objeto de investigación con "compasión" (literalmente, "compartir las penas del otro"), o, tomando la expresión de Legrand, con "empatía"[15], o siendo "simpatético" (de la palabra griega "sympathie", συμπάθεια, que significa "de sentimientos afines" o "armonía de estados de ánimo con los del otro"). Esta postura epistemológica, difusa en las ciencias sociales, no representa en el ámbito jurídico "una de las buenas intenciones que pavimentan la vía del infierno". Al contrario, ya ha encontrado aplicación por la jurisprudencia que se ha enfrentado con casos difíciles de pluralismo cultural: el juez se vuelve antropólogo, pero también necesariamente comparatista[16].

Por supuesto, todo esto no significa que hay una negación de los valores propios del Estado constitucional de derecho ni que la transformación hacia una nueva forma de Estado[17] está cumplida. De hecho, el argumento de que la interculturalidad representa solo una proclamación en el papel, y que falta cumplimiento en la realidad, es sin duda el más utilizado por los críticos frente a la existencia de una verdadera y nueva epistemología del Sur. Pero, si este tipo de crítica golpea duro desde la perspectiva de las ciencias

---

[14] Exergo del volumen Kothari, Ashish, Salleh, Ariel, Escobar Arturo et al. (ed.), *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, New Dehli, 2019; Escobar, Arturo, "Sentipensar con la Tierra: las luchas territoriales y la dimensión ontológica de las epistemologías del Sur", *AIBR*, *Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, n.º 1 (2016), p. 13.

[15] Legrand, Pierre, "European legal systems are not converging", *International and Comparative Law Quarterly*, n.º 45 (1996), p. 77.

[16] Bagni, Silvia, "Comparative law and… love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017*, n.º VIII (2017), pp. 47-66. Sobre el juez antropólogo, véase Ruggiu, Ilenia, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London-Nueva York, 2018.

[17] He hablado del Estado del cuidado (*Caring State*) en Bagni, Silvia, "Del *Welfare State* al *Caring State?*", en AA.VV., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, ESI, Napoli, 2014, pp. 325-345.

políticas y sociales, tiene menos fuerza en la dimensión de una ciencia del deber ser. Muchas de las disposiciones constitucionales de los países europeos continúan siendo en el papel, pero no por eso se niega su valor prescriptivo. La perspectiva intercultural ha producido un efecto en el modo de pensar, entender, aplicar e incluso de enseñar el derecho en la mayoría de los países de América Latina, aunque raramente haya correspondido a esta nueva visión un real cambio de paradigma político o económico. Más allá, se pueden incluso extender estas consideraciones a otros países del *Global South*, detectando una tendencia hacia la valorización de los elementos autóctonos, que influyen de manera substancial en la interpretación de los conceptos jurídicos clásicos y en la construcción de nuevos paradigmas, como en el caso del tema ambiental, que se aborda a continuación.

2. El tema medioambiental: de la imitación de los modelos occidentales a la creación de nuevos paradigmas jurídicos

A pesar de la independencia de las potencias coloniales, en materia jurídica América Latina ha seguido imitando desde entonces los modelos producidos por Occidente, tanto en ámbito público, a partir de los textos y del contenido de las Constituciones, de la forma del Estado y de gobierno (democracias liberales en su mayoría presidenciales) y de la organización territorial (con la opción entre Estado unitario o federal, v. *infra*, § 3), como en el ámbito privado, con la recepción de los códigos civiles francés y alemán.

A partir de la ola constitucional de finales del siglo XX, hemos visto que los ordenamientos jurídicos latinoamericanos han tenido transformaciones profundas, fruto tanto de hibridaciones de modelos jurídicos occidentales (pensamos en la justicia constitucional, por ejemplo) como de la introducción de institutos y principios originales, a menudo debido a la valorización de la cultura ctonia, como el buen vivir.

Desde una perspectiva comparada, esto tiene dos implicaciones distintas. En primer lugar, en la actividad de clasificación de las familias jurídicas o de instituciones específicas, la postura típicamente etnocéntrica (incluso de algunos comparatistas) que limitaba el ámbito geográfico de los ordenamientos por tener en cuenta para finalidades científicas al área europea y norteamericana, resulta hoy día insostenible. Ejemplos evidentes de este asunto se encuentran en el reciente desarrollo de las propuestas clasificatorias en el tema de justicia

constitucional y de los instrumentos de democracia directa. En ambos temas, la doctrina latinoamericana ha producido en los últimos años investigaciones de alta calidad y propuestas clasificatorias innovadoras, trabajando sobre las experiencias de hibridación de los modelos clásicos implementadas en muchos países del continente[18].

En segundo lugar, América Latina deja de ser importadora de modelos, para volverse exportadoras de ideas e institutos absolutamente novedosos, si no revolucionarios, gracias al soplo de aire fresco constituido por el pensamiento jurídico crítico desarrollado en varias universidades latinoamericanas por investigadores a menudo formados en el contexto cultural occidental, pero igualmente comprometidos con la valorización de los saberes ancestrales. Además, como venimos de decir en el párrafo anterior, el pensamiento subalterno ha entrado en la estructura del ordenamiento jurídico en varios modos, así que todos los operadores jurídicos (abogados, jueces, funcionarios públicos) se encuentran obligados a confrontarse con distintas perspectivas sobre las relaciones sociales y la resolución de conflictos. El comparatista está sumamente interesado en las ideas jurídicas innovadoras que encuentra en el continente latinoamericano. Pero el interés no está solo en la exoticidad de la innovación, sino en el desafío de comparar los distintos sistemas y de verificar la posibilidad y el alcance de su exportabilidad en otros contextos.

2.1. Comparación jurídica y derechos de la naturaleza

En el tema de la relación entre hombre y naturaleza, América Latina es hoy en día pionera en proponer soluciones a la crisis ambiental, que representan verdaderas alternativas al desarrollo y que hunden sus raíces en las cosmovisiones de los pueblos originarios. De hecho, del concepto de *sumak kawsay* o *suma kamaña* nace la idea transformadora y revolucionaria de un cambio de paradigma jurídico y cultural, del antropocentrismo al biocentrismo y al ecocentrismo, que se ha traducido, en Bolivia, Colombia y Ecuador (pero también en algunos estados de México, en la Constitución de Nicaragua, en la jurisprudencia argentina), en el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho. Además, a razón de su origen en la particular relación que

---

[18] En materia de justicia constitucional, algunas propuestas innovadoras se encuentran en Bagni, Silvia (dir.), *Justicia constitucional comparada*, Porrúa, México, 2014; en materia de democracia directa, remito a la amplia bibliografía latinoamericana citada en mi libro *Il popolo legislatore*, BUP, Bologna, 2017.

los pueblos originarios tienen con la naturaleza, el cambio hacia un modelo jurídico ecocéntrico es un elemento determinante para fundamentar la existencia de un *global south*, como concepto no geográfico sino geopolítico, con implicaciones económicas, sociales y jurídicas. De hecho, aunque teóricamente la propuesta de reconocer la naturaleza como sujeto de derecho fue promovida ya en 1972 en los Estados Unidos[19], donde sin embargo encontró una Corte Suprema en mayoría contraria[20], el mismo camino ha sido emprendido también, con distintos logros, por India y Bangladés; igualmente, está promovido por la doctrina sudafricana; ha sido introducido por ley en Australia y Nueva Zelandia para la tutela del territorio sagrado de los aborígenes.

Todo el mundo está mirando con gran atención a las soluciones implementadas en estos países: algunos con sincera esperanza, deseando éxito a las varias iniciativas; otros con gran preocupación, en cuanto las soluciones jurídicas que otorgan subjetividad a la naturaleza, unida con resultados concretos en términos ecológicos, representarían una prueba irrefutable del origen antropocéntrico del desastre ambiental y de la posibilidad concreta de solucionar la crisis desde una perspectiva ecológica, reconociendo una posición de liderazgo a los pueblos indígenas como guardianes de la naturaleza y de la estabilidad del clima.

De lo que venimos de decir, resulta evidente que el tema debe ser necesariamente abordado desde una perspectiva comparada, en cuanto el gran desafío de los juristas que tratan los temas ambientales es relacionar entre sí las diferentes propuestas normativas, para que se alimenten recíprocamente y se pueda llegar a la creación de un nuevo paradigma ecológico común. Para lograr este resultado es necesario que el jurista abandone la idea de ser el chamán de una ciencia tan especializada que no admite interacción con las otras. El tema ambiental es un verdadero asunto global, no solo por su dimensión, sino en cuanto, para solucionar la crisis en la que vivimos, se debe adoptar un enfoque multidisciplinario. Nuevamente, entre los juristas el comparatista es el más acostumbrado a manejar datos y métodos de otras ciencias, en cuanto entre los "formantes" de los distintos ordenamientos jurídicos a menudo se

---

[19] Stone, Christopher D., "Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, n.º 45 (1972), pp. 450-501.

[20] *Sierra Club v. Morton*, 405 U.S. 727 (1972).

encuentran elementos extrajurídicos (la religión, la moral, la política, la tradición, los reportajes científicos, etc.).

Por ejemplo, hay que evaluar el rol de la Iglesia católica y de los pronunciamientos del papa sobre los temas ambientales, según han sido citados directa o indirectamente en algunos fallos: ¿fuente, formante, argumento *quoad auctoritatem* sin valor jurídico vinculante; *ratio* u *obiter dictum*? La respuesta puede cambiar según el ordenamiento, el lugar y el contexto en el cual se dicta la sentencia.

En la Biblia, el hombre es reconocido el *dominus* de la creación, al cual Dios le atribuye el poder de dominar todas las creaturas del Edén. Por lo menos, esta es la interpretación más difundida del Génesis, donde la superioridad del hombre está simbolizada por el poder de atribuir un nombre a todas las cosas. Sin embargo, los últimos tres papas han dedicado varios discursos y encíclicas al tema ambiental, promoviendo una interpretación diferente de la relación entre el hombre y la naturaleza[21]. El papa Francisco ha elegido su nombre, inspirado por san Francisco de Asís, un símbolo de pobreza, pero también uno de los primeros ecologistas de la historia. En su famoso *Cántico de las criaturas*, escrito en 1226, san Francisco agradece a Dios por la creación. Todos los elementos naturales son llamados "hermanos", así que el hombre no está puesto por arriba de la creación misma, sino en relación familiar con ella.

El documento más reciente con el cual la Iglesia católica ha intentado refundar la relación entre hombre y naturaleza, bajo un plano más igualitario y solidario, es la encíclica *Laudato si'*, sobre el cuidado de nuestra casa común. Es un discurso verdaderamente ecuménico, dirigido a cada hombre y mujer de la Tierra, sin importar su fe, en cuanto la crisis ecológica tiene un alcance global y afecta la humanidad en su conjunto. En el documento, el papa Francisco hace referencia a san Francisco de Asís, que era maestro, dice el papa, de una ecología integral (§ 11). En el § 23 de esta encíclica, el clima está considerado un bien común. La crisis ecológica está íntimamente

[21] Carta encíclica *Caritas in veritate* del sumo pontífice Benedicto XVI, A los obispos a los presbíteros y diáconos a las personas consagradas. A todos los fieles laicos y a todos los hombres de buena voluntad sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 29 de junio de 2009: "Ésta [la naturaleza del hombre], en cuanto se compone no sólo de materia, sino también de espíritu, y por tanto rica de significados y fines trascendentes, tiene un carácter normativo incluso para la cultura" (§ 48).

relacionada con la desigualdad económica[22]. De hecho, el cambio climático afecta en primer lugar, y sobre todo, las personas más pobres, que ya han sido obligadas a escapar de sus casas por efecto del clima[23]. En el § 63, el papa Francisco dice:

> Si tenemos en cuenta la complejidad de la crisis ecológica y sus múltiples causas, deberíamos reconocer que las soluciones no pueden llegar desde un único modo de interpretar y transformar la realidad. También es necesario acudir a las diversas riquezas culturales de los pueblos, al arte y a la poesía, a la vida interior y a la espiritualidad.

Las cosmovisiones de cada pueblo pueden ser útiles para entender mejor el problema y buscar soluciones. El papa Francisco sigue hablando de la armonía originaria que existía entre hombre y naturaleza, en el mismo sentido que viene utilizado por los pueblos indígenas al referirse a su relación con la Pacha Mama. El papa invita los fieles a interpretar el libro del Génesis en un sentido más correcto: el libro no puede ser entendido como un mandato en blanco para el dominio de la Tierra, sino una responsabilidad de cura y cuidado (§ 67-68). Los seres humanos no son superiores a los otros seres vivientes; cualquier vida tiene un valor intrínseco. El papa subraya también "que todo está relacionado, y que el auténtico cuidado de nuestra propia vida y de nuestras relaciones con la naturaleza es inseparable de la fraternidad, la justicia y la fidelidad a los demás" (§ 70). Todas las creaturas forman una familia universal (§ 89). A pesar de que la encíclica no llega al punto de subvertir el paradigma antropocéntrico, en cuanto que es claro que el hombre tiene un valor especial para Dios, que lo ha puesto al centro de la creación, lo que el papa subraya es que el hombre tiene una enorme responsabilidad frente al resto de la creación.

---

[22] Este asunto ha sido recién confirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva OC-23/17, del 15 de noviembre de 2017, § 67: "Además, la Corte toma en cuenta que la afectación a estos derechos puede darse con mayor intensidad en determinados grupos en situación de vulnerabilidad. Se ha reconocido que los daños ambientales 'se dejarán sentir con más fuerza en los sectores de la población que ya se encuentran en situaciones vulnerables'".

[23] § 49: "[…] Pero hoy no podemos dejar de reconocer que un verdadero planteo ecológico se convierte siempre en un planteo social, que debe integrar la justicia en las discusiones sobre el ambiente, para escuchar tanto el clamor de la tierra como el clamor de los pobres".

Este tipo de análisis de los documentos eclesiales es necesario al jurista que se acerca al estudio del tema de los derechos de la naturaleza. Igualmente, las sentencias indias sobre los ríos Ganges y Yamuna y sus glaciares utilizan ampliamente argumentaciones basadas en el hinduismo, el jainismo y el significado que los árboles y los ríos sagrados tienen en estas culturas. Así que el formante religioso se relaciona estrechamente con el jurisprudencial.

Otro formante que a menudo se encuentra en el derecho del medioambiente son los datos científicos incluidos en los informes periódicos o en las decisiones de organismos supranacionales, que no tienen fuerza vinculante, por lo menos frente a los individuos, como por ejemplo los *Reports* del IPCC o las decisiones tomadas durante las COP del Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático[24]. En el marco del derecho interno e internacional, estos documentos son considerados como "hechos" o *soft law*; pero, desde una perspectiva comparada y ecológica, pueden asumir también distinta fuerza normativa, que el jurista no puede pasar por alto solo por razones formales o, aún peor, dogmáticas.

2.2. El enfoque comparado para la construcción de un derecho ecológico común

Hemos visto en el párrafo anterior en qué modo la ciencia del derecho comparado es útil para fundamentar y fortalecer el nuevo paradigma jurídico de los derechos de la naturaleza. Si bien a la fecha esta solución ha sido aplicada exclusivamente en algunos países y no siempre de manera sistemática, siendo a veces únicamente de origen jurisprudencial (Argentina, Bangladés, Colombia, India), a veces aplicada solo por leyes sectoriales (Australia, Nueva Zelandia) o en algunas partes del territorio nacional (México), el alcance del problema que aborda implica su aspiración a convertirse en un paradigma general a nivel nacional, como en Bolivia y Ecuador, e incluso a representar una opción válida a nivel internacional.

La crisis climática y ambiental ya no es solo un problema político, sino de sobrevivencia de la especia humana. El actual derecho ambiental internacional, que determina los diferentes derechos nacionales, se fundamenta en un paradigma jurídico antropocéntrico, del cual se ha generado la "narración"

---

[24] Morvillo, Marta, "*Climate change litigation* e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda", *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 de mayo de 2019, p. 9.

del desarrollo económico social y ambientalmente sostenible. Sin embargo, en términos ecológicos, es decir aplicando el conocimiento sobre las reglas y las relaciones que garantizan la sobrevivencia armónica de todos los seres en nuestra casa común, la Tierra, un planeta con extensión y recursos limitados no puede soportar un sistema de desarrollo económico basado en el crecimiento y la extracción de recursos ilimitados[25]. Este sencillo razonamiento explica por qué, aun aplicando todos los principios del derecho ambiental elaborados a nivel internacional (precaución; quien contamina paga; diligencia; aplicación de los más altos estándares tecnológicos; evaluación de impacto ambiental), la situación de crisis ecológica no ha mejorado, sino que está siempre empeorando y el tiempo de que disponemos para dar solución a esta problemática es cada vez menor.

Necesitamos de un cambio de paradigma jurídico, del antropocéntrico al ecocéntrico. Pero, antes que nada, de un cambio radical en nuestros estilos de vida y en la manera de entender nuestro rol como especie dentro de la biosfera.

Como juristas, hay que diseñar una alternativa concreta al actual sistema de normas ambientales, un derecho ecológico no tanto uniforme en sí (en cuanto, de un lado, los distintos ecosistemas del planeta, los diferentes ciclos de los elementos vitales, las varias zonas climáticas, pueden necesitar de acciones diferenciadas; y, de otro lado, como nos enseña el derecho comparado, no se puede hacer abstracción de las distintas maneras de entender y aplicar el derecho por las diferentes comunidades humanas), sino percibido en sí como bien común[26]. A pesar de que no hay una definición universalmente compartida de "bien común", se puede coincidir sobre sus características esenciales: pueden ser bienes materiales (como el agua o el clima mismo) o inmateriales (como la educación o, en nuestro caso, un paradigma jurídico); escapan de la lógica propietaria y extractiva; requieren la participación de todos los que van a aprovechar del bien para su gestión, la cual debe asegurar la misma posibilidad

---

[25] Véase, entre muchos autores, Cunningham, William P., Cunningham, Mary Ann y Saigo, Barbara W., *Fondamenti di ecologia*, McGraw-Hill, Milano, 2004; y Boero, Ferdinando, "Nature and the governance of human affairs", en Bagni, Silvia (dir.), *Come governare l'ecosistema? How to govern the ecosystem? ¿Como gobernar el ecosistema?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna, Bologna, 2018, pp. 47-60.

[26] Capra, Fritjof y Mattei, Ugo, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017, p. 201; y Mattei, Ugo y Quarta, Alessandra, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

de gozar del bien a todos[27]. Considerar el derecho ecológico como bien común significa que tanto la comunidad internacional como las diferentes sociedades nacionales se comprometen a adoptar medidas normativas que siempre se inspiran en los principios ecológicos de armonía y equilibrio entre los diversos componentes del ecosistema terrestre.

En esta empresa, los derechos de la naturaleza son una entre las posibles manifestaciones del derecho ecológico común, que necesariamente se va a alimentar con otras propuestas, que a lo mejor pueden ser diseñadas bajo otras premisas jurídicas, pero siempre coherentes con su fundamento ecológico y de bien común. Por ejemplo, un camino alternativo que se está siguiendo, sobre todo en los países del norte global, es el del reconocimiento de un derecho humano a un clima estable. Hay varios litigios pendientes en distintas partes del mundo, donde los recurrentes están apoyando este tipo de razonamiento jurídico, adaptando tanto cláusulas del derecho internacional de los derechos humanos (el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, por ejemplo), como disposiciones constitucionales. Las más prometedoras son *Urgenda v. Holanda*, recién decidida por la Corte Suprema de La Haya, y *Juliana v. USA*, que se encuentra en fase de decisión por parte de la Corte Federal de Apelación del Noveno Circuito, la cual debe decidir si el caso puede seguir frente a la Corte Federal de Distrito del estado de Oregon[28].

En el primer caso, los jueces han reconocido el Estado holandés responsable de no haber adoptado políticas públicas que garanticen un suficiente compromiso del Estado en la reducción de las emisiones de gases invernaderos a la atmósfera. En consecuencia, las cortes han ordenado al Estado tomar todas las acciones necesarias para reducir del 25% las emisiones del país.

En el segundo caso, aún así no tengamos todavía una sentencia definitiva, el juez federal distrital ya se ha pronunciado dos veces, reconociendo que los demandantes tienen el derecho a vivir en un clima estable, que garantice la posibilidad de desarrollar sus expectativas de vida en el futuro. El juez ha derivado este derecho de la Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos, caracterizando la acción como de naturaleza constitucional.

---

[27] Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011, pp. 60 y s.

[28] El video de la audiencia del 4 de junio de 2019 se encuentra en este enlace: https://www.ca9.uscourts.gov/media/view_video.php?pk_vid=0000015795 (consultado el 5 de septiembre de 2019).

La ciencia de la comparación jurídica ofrece instrumentos válidos para que la construcción de un derecho ecológico tramite una metodología que permita: comparar las distintas soluciones; evaluar su exportabilidad a otros contextos; entender las condiciones necesarias para el funcionamiento del nuevo paradigma a nivel interno y a nivel global; buscar diferencias donde parece que se sigue un mismo modelo, y, al contrario, similitudes o tendencias comunes, donde se ha optado por soluciones distintas; armonizar las disciplinas sobre un mismo derecho o instrumento procesal, o, en cambio, adaptarlas para que puedan integrarse en el ordenamiento vigente. Por ejemplo, a pesar de que venimos de presentar los dos litigios climáticos arriba descritos como expresión de una misma tendencia a aplicar la dogmática de los derechos humanos al clima, un análisis comparado de los dos casos muestra diferencias en la perspectiva procesal constitucional, en razón de la distinta familia jurídica a la cual pertenecen los dos ordenamientos y del diverso sistema de justicia constitucional vigente.

3. El territorio como lugar de intersección de los elementos innovadores del constitucionalismo latinoamericano en perspectiva comparada

3.1. Premisa

El gobierno local es uno de los ámbitos de estudio de las ciencias sociales (inclusive del derecho comparado) en el que se encuentran más casos de circulación de modelos, de imitaciones de un sistema de un país a otro. Claramente, casi nunca hay "transplantes" (imitaciones totales), reproducciones idénticas del modelo en el país imitador; generalmente los modelos circulan por imitación[29].

Por estas razones, también el estudio de los ordenamientos territoriales se presta tanto para un análisis macrocomparativo como para uno microcomparativo, y la investigación puede ser tanto por analogía como por diferencia.

Una primera gran diferencia macrocomparativa sería, justamente, confrontar inicialmente los sistemas jurídicos donde tal forma organizativa territorial existe, con los demás donde esta no existiese.

[29] Sobre la circulación de los modelos de derecho comparado, véase Graziadei, Michele, "Comparative law as the study of transplants and receptions", en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 441 y ss.

Los resultados de dos investigaciones comparadas conducidas a nivel mundial[30] confirman que lo que sí existe, en la mayoría de los ordenamientos estatales y a pesar de la familia jurídica de pertenencia, es una

> unidad primordial que se organiza en un territorio mínimo (más allá de la familia, de todas maneras configurada). Esto sucede en la Europa continental, en los ordenamientos de *common law* (tanto europeos como extraeuropeos), en América Latina, en África, en Asia (sobre todo por influencia de los colonialismos), independientemente de su pertenencia a la forma de un Estado liberal-democrático, autoritario o socialista[31].

Entonces, se puede afirmar que una "célula" básica de la organización territorial existe prácticamente en cada parte del mundo. Pero para justificar un análisis por modelos es fundamental aclarar desde el principio el contexto macro en el cual se quiere operar, es decir, individualizar las categorías de análisis necesarias para crear una clasificación útil para un análisis macrocomparativo del gobierno local.

En este tema de investigación es evidente que, a pesar de la utilidad analítica de los modelos, la realidad empírica es mucho más compleja y matizada, inclusive al interior del mismo modelo pueden cohabitar tendencias opuestas, según los países analizados y, por supuesto, las diferentes épocas consideradas. Recuerda Goldsmith que "local government systems exhibit great diversity: indeed, each and every municipality is itself unique, given the complex mix of social, demographic, political and economic factors which go to make up the environment within which each has to operate"[32].

---

[30] Hace unos años coordiné dos investigaciones internacionales comisionadas por la Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione Locale (SSPAL) italiana; los resultados se han concretado en dos obras colegiales: Pavani, Giorgia, Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Donzelli, Roma, 2006, trad. esp. *Municipios de Occidente. El gobierno local en Europa y en las Américas*, Universidad Libre, Bogotá, 2008; y Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.

[31] Pegoraro, Lucio, "Introduzione. Municipi d'Oriente. Una macrocomparazione per differenze", en Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (eds.), *Municipi d'oriente*, cit., p. 7.

[32] Goldsmith, Mike, "Local autonomy-theory and practice", en King, Desmond S., Pierre, Jon (eds.), *Challenges to Local Government*, SAGE, London, 1990, p. 20.

Para los politólogos, sin embargo, el hecho fundamental es que, en ausencia de modelos teóricos que puedan enmarcar dicha complejidad actual, los puntos de referencia siguen siendo las tipologías formuladas durante la década —"dorada" de los años novenyta— del gobierno local.

Efectivamente, la mayoría de las propuestas de clasificación se atribuyen a los politólogos y sociólogos ocupados de la administración pública, cuyos estudios empezaron en los años ochenta[33].

No obstante, respecto al aporte de varias disciplinas —con sus acercamientos metodológicos al tema—, se puede afirmar que los trabajos científicos comparativos que enfatizan los aspectos significativos entre los diferentes sistemas son pocos y están limitados a unos países (en particular, Francia y Reino Unido)[34]; y dichos estudios, además, tienden a agrupar los sistemas de gobierno en un número reducido de grupos/familias[35].

Mientras que los países alimentados por la tradición francesa-napoleónica presentan una cierta homogeneidad de estructuras (por lo menos a nivel jurídico-formal, porque la praxis aplicativa presenta muchas diversidades, como demuestran los análisis de los sociólogos y a los estudiosos de la administración pública), los países extraños a esta tradición son variados.

3.2. El modelo francés-napoleónico y su circulación en América Latina

De los diversos intentos de clasificación de los sistemas de gobierno local se deriva una constante: el modelo francés-napoleónico[36] aparece como un punto

---

[33] Una primera tipología exitosa, remodelada y actualizada por los mismos autores durante los años sucesivos, propone una división entre modelo septentrional (*North European countries*) y modelo meridional (*South European countries*), división que ha afectado a las clasificaciones sucesivas y ha permitido reunir en una única familia (modelo francés-napoleónico) los sistemas de gobierno de la Europa Meridional. La primera elaboración se encuentra en Page, Edward C. (ed.), *Central and Local Government Relations. A Comparative Analysis of West European Unitary States*, SAGE, London, 1987. No se trata de un trabajo comparativo, sino de un libro dividido en capítulos correspondientes a los siete países europeos analizados: Gran Bretaña, Dinamarca, Noruega y Suecia (Norte); Francia, Italia y España (Sur).

[34] Bobbio, Luigi, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari, 2002, p. 32.

[35] Bennet, Robert J., "European Local Government Systems", en id. (ed.), *Local Government in the New Europe*, Belhaven Press, London, 1993, pp. 28 y ss.

[36] Una premisa histórica-terminológica se hace necesaria desde el principio: aunque este modelo haya circulado y haya sido conocido con el adjetivo napoleónico (porque a este periodo se remontan algunas de las características más emblemáticas), las raíces se encuentran en los decretos de 14 y 22 de diciembre de 1789 (mediante los cuales los *états généraux* dieron vida a la primera forma de administración moderna) y su complemento en la legislación de la monarquía orleanista.

de referencia y como modelo único, en comparación con los sistemas que no han sufrido su influencia o, por lo menos, que no han sido absorbidos o han rechazado los rasgos que lo caracterizan.

Como ya comentamos, el modelo francés fue utilizado como referencia para valorar (por yuxtaposición) el modelo de los países de Europa septentrional o para distinguir los países ajenos a la influencia francesa, en submodelos (anglosajón y norte-central europeo), solamente para mencionar los casos más destacados.

También este estudio considera que el modelo francés representa un punto de partida en perspectiva metodológica y histórico-jurídica. La descentralización francesa constituye un cambio fundamental en la organización de las relaciones entre centro y periferia, por tanto, implica una ruptura evidente con respecto al modelo de organización del poder conocido hasta aquel momento.

Este cambio lo testimonia el hecho de que en el pasado tal modelo fue más difundido y divulgado en el exterior[37]. Además de algunos países del área mediterránea, a los que el modelo fue impuesto, como fruto de la conquista napoleónica (como en el caso del norte de África), en otros se ha asistido a una espontánea imitación, como en Grecia y Turquía. En algunos países, la influencia francesa ha causado el fin de experiencias de tipo federal autóctonas, a menudo más antiguas, como en Holanda.

Fuera de Europa, este modelo se ha difundido con otros nombres y con variantes y adaptaciones más o menos fieles al original. En América Latina, después de la Independencia y por todo el siglo XIX, se generó un ambiente hostil hacia la cultura iberoamericana y por todo lo que viniera de los países colonizadores. Portugal y, sobre todo, España fueron acusados de no haber traído al nuevo continente la cultura (y los productos) de la Revolución Industrial, las libertades individuales y los principios del constitucionalismo moderno. Por estas razones, la construcción de los Estados independientes se hizo bajo el pensamiento norteamericano y francés, a los cuales se miraba

---

[37] García de Enterría, Eduardo, *Revolution française et administration contemporaine*, Economica, París, 1986; Wunder, Bernd (dir.), *Les influences du modèle napoleonien d'administration sur l'organisation administrative des autres Pays*, International Institute of Administrative Sciences, Bruxelles, 1995.

para olvidar y abandonar la herencia española y portuguesa y romper con el pasado colonial[38].

Desde la perspectiva jurídica, esa ruptura con el pasado destaca, por un lado, en la frecuente imitación de la codificación europea y, por otro lado, en la adopción del modelo administrativo-burocrático napoleónico como forma de organización del aparato central y de su relación con las colectividades territoriales.

Principalmente en el caso del modelo burocrático-administrativo, el dato histórico de la ruptura con el pasado colonial se ha convertido en una justificación para reconocer el modelo francés como "padre" de la moderna organización del Estado, justificación que se ha trasmitido de una generación de juristas a las siguientes.

Superados los procesos de colonización española, la mayoría de los Estados de América Latina acogieron el modelo territorial unitario caracterizado, en su fase napoleónica, por la: generalización, homogeneidad y uniformidad del régimen municipal o territorial; la creación de un municipio por cada núcleo de población; el carácter electivo de las administraciones locales; la bipartición de funciones asignadas a las colectividades territoriales, entre funciones "propias" y funciones estatales "delegadas"; el establecimiento del departamento o de un nivel intermedio de gobierno para efectos de control del Estado o de desconcentración; la instauración en dicho nivel de un prefecto, intendente, gobernador o representante del Estado en los territorios, dotado por lo demás de diversos poderes de dirección y control, y el sometimiento de tutela de los órganos y actos de la administración local[39].

Esta influencia del modelo francés en la organización del tipo de Estado se inserta en un razonamiento más amplio sobre el papel jugado por los que se podrían denominar "países de moda" en el constitucionalismo moderno

---

[38] La literatura es inmensa, pero quiero recordar el cambio de perspectiva en el debate académico sobre la independencia propuesto por François-Xavier Guerra, quien hizo hincapié en un desarrollo de la revolución interno a la monarquía, más que una revolución inspirada en el liberalismo europeo y anglosajón: Guerra, François-Xavier (coord.), *Revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*, Editorial Complutense, Madrid, 1995. En una visión parecida, véase Bellingeri, Marco, "Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano, 1824-1834", en id. (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional: representación, justicia y administración en Iberoamérica, siglos XVIII-XIX*, OTTO, Torino, 2000, pp. 367 y ss.

[39] Vandelli, Luciano, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, INAP, Madrid, 1991.

y en el nacimiento del derecho público; países que, según una doctrina, han llevado a la afirmación de un "bloqueador conceptual"[40] que ha afectado a los textos sobre historia constitucional tanto en América Latina como en Europa.

El modelo francés se ha adaptado al contexto latinoamericano y ha sido desarrollado e interpretado de forma diferente, como demostramos en una investigación anterior, en la cual generamos una clasificación inicial según el mayor o menor acercamiento a los rasgos básicos del modelo napoleónico y afirmamos que surgieron diversas variantes de Estados unitarios en América Latina: unos con un nivel casi inexistente de descentralización política (ej., Uruguay y Paraguay), unos con un proceso que se sitúa entre la descentralización y la desconcentración (ej., Chile, Colombia, Perú); otros más descentralizados e incluso, con desarrollo del principio de autonomía territorial de forma asimétrica (ej., Bolivia y Ecuador)[41]. Al final, comprobamos que el Estado unitario no es un monolito, como ha señalado Luciano Vandelli, en la presentación de los resultados de la investigación: "Se podría decir que, si cada Estado descentralizado es descentralizado a su modo, los Estados unitarios, por su parte, son unitarios todos a la misma manera. Esta —difusa— sensación es ahora refutada"[42].

En general, y a pesar de las diferencias entre los varios países, además de la (casi) fiel imitación de entes (el departamento) o órganos (el prefecto) —o de la profunda inspiración en ellos— por parte de unos Constituyentes latinoamericanos, la huella del modelo francés permanece en muchos rasgos de las recientes reformas legislativas. Igualmente, sigue en pie la idea atractiva de las regiones (italianas, más que las Comunidades Autónomas españolas o la más "recomendables" regiones belgas, por lo menos en relación con el concepto general de asimetría); idea que se convierte únicamente en la presencia

[40] Habla de un bloqueador conceptual Bernd Marquardt en su análisis sobre los defectos cualitativos de los textos de historia constitucional: Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010): historia constitucional comparada*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011, pp. 11 y ss.; id., *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

[41] Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), "Las tendencias del Estado Unitario en América latina", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 19 (2016), pp. 1-42.

[42] Vandelli, Luciano, "Las múltiples caras del Estado unitario", en Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, p. 27.

(en la Carta) de un nivel más de gobierno, debido a la imposibilidad de traer de Europa el sentido histórico-cultural del regionalismo y desarrollarlo en un contexto diferente. El mismo "esquema" conceptual se aplica al tentativo de imitación de las formas de cooperación entre entes y de gestión asociada de las funciones que algunos países andinos están intentando disciplinar, inspirándose en los países europeos (los cuales, a su vez, han sido casi obligados a adoptar estas soluciones para hacer frente a la crisis global).

3.3. La construcción de un nuevo paradigma andino

En las últimas décadas, la mayoría de los Estados de América Latina han realizado reformas constitucionales o han adoptado una nueva Constitución, reiterando al modelo territorial unitario, pero por supuesto, agregando o transformando de manera novedosa y conforme al contexto elementos originales y de mestizaje. Así las cosas, dentro de los temas tratados en estos movimientos de reforma constitucional, está el de la organización territorial y de la distribución del poder entre el Estado central y sus entes territoriales.

La doctrina latinoamericana concuerda bastante al afirmar que algunas de las nuevas Constituciones del entorno andino rompen con el modelo unitario adoptado después de la Independencia. La referencia es específicamente a las Constituciones de Bolivia, Ecuador y Colombia, sin embargo, las experiencias chilena y peruana también se insertan en la ola de descentralización que está caracterizando esta subárea del continente americano.

En relación con los Estados que han adoptado, en principio, el modelo unitario, muchos de ellos definen la forma de Estado con el carácter de unitario, sin embargo, tienen un mandato hacia la descentralización: Bolivia se autodefine como un Estado unitario/plurinacional comunitario; unitario/descentralizado y con autonomías (art. 1, Const. 2009); Ecuador se autocalifica un Estado independiente/unitario/intercultural, plurinacional, se organiza en forma de República y se gobierna de manera descentralizada (art. 1, Const. 2008). Colombia también utiliza conjuntamente las palabras unitario/descentralizado.

En este panorama, junto a la circulación de los contenidos, es relevante hacer hincapié también en el discurso sobre los "recipientes" (las Constituciones). Una comparación basada en el enfoque de análisis del discurso (*Discourse Analysis Approach* – DAA), así como un análisis de antecedentes históricos en un diálogo interdisciplinario entre el derecho público comparado y la ciencia

política han proporcionado unos resultados interesantes para la construcción de un paradigma andino[43]. Esta investigación ha comparado algunas palabras presentes en las cuatro Constituciones de la región Andina, en países que han adoptado el tipo de Estado unitario y el modelo de organización territorial francés, desde entonces y hasta ahora, desarrollando procesos diferentes de descentralización. Esta comparación sintetiza los hallazgos de una revisión de las Constituciones de Bolivia (2009), Ecuador (2008), Perú (1994) y Colombia (1991), donde las palabras plurinacional, multicultural, comunitario, autónomo, autonomía, unitario e indivisible fueron analizadas desde su significado y significante en relación con los procesos de descentralización de cada país y su impacto sobre la circulación del modelo francés.

A través del enfoque de análisis del discurso (DAA) se compara cómo el significado de las palabras mencionadas ha influido en la descentralización[44].

El significado de descentralización evoca la democracia y la relación autoridad-sociedad[45]. Históricamente, los procesos de descentralización se basaron en la exclusión de las culturas, fuera del modelo colonial, pero los nuevos significados de estas Constituciones conectan las palabras seleccionadas (como descentralizado, plurinacional, multicultural, comunitario, autónomo, autonomía, unitario, indivisible) a nuevas tendencias, como es el caso de los modelos estatales interculturales y plurinacionales de Ecuador y Bolivia, donde se evidencian la complejidad del poder territorial y la importancia del derecho positivo como elementos clave para comprender los procesos de descentralización[46]. La implementación de tendencias centrífugas

---

43 Ver González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, "Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 21 (2018), pp. 1-25.

44 Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Derecho constitucional comparado, II, Sistemas constitucionales comparados*, Astrea, Buenos Aires, 2018, cap. 7; Heller, Patrick, "Moving the state: the politics of democratic decentralization in Kerala, South Africa, and Porto Alegre", *Politics & Society*, vol. 29, n.º 1 (2001), pp. 131-163; Falleti, Tulia, "A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3 (2005), pp. 327 y ss.; y Mouffe, Chantal, *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*, Institute for Advanced Studies, Wien, 1999.

45 Oxhorn, Philip, Tulchin, Joseph S. y Selee, Andrew, *Decentralization, democratic governance, and civil society in comparative perspective: Africa, Asia and Latin America*, Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2004.

46 González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, *Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach*, cit.

de descentralización está relacionada con la capacidad de las instituciones legislativas y judiciales para transformar sus mecanismos, dando más espacio a los nuevos sistemas territoriales. Así, la descentralización y todas las expresiones mencionadas se convierten en dispositivos de poder que pueden transformar los sistemas territoriales y, de hecho, las relaciones políticas hacia mecanismos más equitativos[47].

En mi opinión, hay tres elementos —plurinación/interculturalidad, derechos de la naturaleza y construcción de la paz territorial— que representan las palabras clave del nuevo paradigma andino de las relaciones entre Estado, pueblos y territorios.

En este sentido, los derechos de la naturaleza dejan de ser considerados "patrimonio" del solo país que les entrega protección constitucional y se convierten en elementos de un "patrimonio común" entre unos países del área andina. La cosmovisión traspuesta en la Constitución de Ecuador, por medio del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho y del buen vivir como principio guía, lleva a una "postura biocéntrica basada en una perspectiva ética alternativa, al aceptar valores intrínsecos en el entorno. Todos los seres, aunque no sean idénticos, tienen un valor ontológico aun cuando no sean de utilidad para los humanos"[48]. En este contexto, la doctrina hace hincapié también en la modificación del concepto de ciudadanía, que deja de ser "simplemente" individual/liberal y se convierte (al plural) en colectiva y comunitaria: en unas "meta-ciudadanías ecológicas"[49].

La apuesta está exactamente en la capacidad de combinar estos nuevos conceptos y desarrollarlos a nivel territorial, puesto que el modelo territorial heredado por el pasado ha sido construido bajo el antiguo concepto de Estado y de ciudadanía y en una visión de la transferencia de competencias desde arriba hacia abajo.

---

[47] Keating, Michael, "Regional autonomy in the changing state order: a framework of analysis", *Regional & Federal Studies*, vol. 2, n.º 3 (1992), pp. 45-61.

[48] Acosta, Alberto, "Los buenos convivires. Filosofías sin filósofos, prácticas sin teorías", *Estudios Críticos del Desarrollo*, vol. 7, n.º 12 (2017), p. 175; y Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, "La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n.º 53 (2011), pp. 71-83.

[49] Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.

Relativamente al cambio de perspectiva de las categorías tradicionales del derecho al medio ambiente, la Constitución de Ecuador es la más representativa de este cambio, porque pasa desde una visión antropocéntrica a una nueva visión ecocéntrica y de una nueva dogmática de los derechos que incluye no solamente los seres humanos, sino también sujetos animados e inanimados[50]. No obstante ese claro reconocimiento constitucional, la implementación de los derechos de la naturaleza no ha sido fácil ni inmediata, ni tampoco apoyada por la jurisprudencia ordinaria y constitucional[51], como ha sido aclarado en el § 2.

En los países vecinos, como en Bolivia, los derechos de la naturaleza no están presentes en la Constitución, sino que han sido afirmados por el legislador en dos leyes sobre la Madre Tierra[52].

Un extraordinario ejercicio de hermenéutica ha sido cumplido por la jurisprudencia colombiana: en ausencia de una norma constitucional explícita, la Corte Constitucional[53] y la Suprema Corte de Justicia[54] han interpretado el derecho al ambiente en una prospectiva ecocéntrica y la Corte Constitucional ha vislumbrado en el texto de 1991 tanto una Constitución ecológica, como una Constitución cultural[55]. La importancia de las sentencias colombianas no se limita a la afirmación en vía jurisprudencial de una situación subjetiva (los derechos de la naturaleza) no reconocida en la Constitución, sino que se extiende a la tutela de los derechos de las comunidades étnicas. Gracias a la flexibilización de las condiciones de procedibilidad, la Corte ha permitido

---

[50] Por una exhaustiva reflexión, véase Carducci, Michele, "Natura (diritti della)", *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, (2017), pp. 486 y ss.

[51] La primera aplicación jurisprudencial del art. 71 de la Constitución sobre los derechos de la naturaleza (caso *Loja v. Río Vilcabamba* del 30 de marzo de 2011) ha sido parcialmente actuada y ha llegado a la Corte Constitucional por incumplimiento, pero la Corte no ha sancionado la inactividad de las autoridades públicas para recuperar el río (Corte Constitucional, Sentencia n.º 012-18-SIS-CC, del 28 marzo de 2018).

[52] Ley 71/2010 (Ley de Derechos de la Madre Tierra) y Ley 300/2012 (Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien).

[53] Sentencia T-622 del 10 de noviembre de 2016, de la Sala sexta de revisión de la Corte Constitucional, nota como el caso *Río Atrato*, M. P. Jorge Iván Palacio.

[54] STC 4360/2018 del 5 de abril, M. P. Luis Armando Tolosa Villabona, nota como el caso *Derechos de la Amazonía*.

[55] Punto 5.22 ss. de la sentencia, donde se confirma la jurisprudencia anterior (de la Sentencia T-411 de 1992 en adelante).

"el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural", implementando una visión del Estado "comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante". La protección de la *pacha mama* es "un efecto del objetivo primario de garantizar los derechos a la cultura y a la identidad de las comunidades étnicas"[56].

Este enlace entre la defensa de la Naturaleza y los derechos de los pueblos indígenas es muy importante para realizar la construcción de un nuevo paradigma andino, que destaca no solamente a nivel estatal (con un cambio de forma de Estado), sino también a nivel local.

Entre los elementos más significativos de los procesos de descentralización que están interesando aparte de los Estados (originariamente) unitarios de América Latina, señalamos el rol jugado por las comunidades originarias, a las cuales se aplica, con varios matices, un derecho particular. La presencia de estas comunidades se ha transformado en un elemento clave de contraposición al paradigma de la soberanía clásica de huella occidental-liberal, basado en un concepto de pluralismo/multiculturalismo de "asimilación" y no de integración[57]. Este paradigma ha sido trasladado en los Estados latinoamericanos también por medio de la adopción de la forma unitaria del Estado y ha permitido un control de la población indígena por parte de la mayoría de cultura diferente.

La nueva ola de constitucionalismo, con el reconocimiento en los textos constitucionales de los derechos de las poblaciones indígenas y de sus territorios propicia una ruptura con este paradigma y genera una crisis en las categorías clásicas de la organización del Estado, según las reglas de las relaciones entre centro y periferias y Estado-ciudadanos, de derivación europea-occidental[58]. En particular, los procesos constituyentes de Ecuador y Bolivia

---

[56] Bagni, Silvia, "Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana", *DPCE online*, n.º 4 (2018), p. 1000.

[57] La bibliografía es inmensa y abarca varias disciplinas. Para un acercamiento terminológico y metodológico, véase: Taylor, Charles, "Interculturalism or multiculturalism?", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 38, n.º 4-5 (2012), p. 416; y Meer, Nasar y Modood, Tariq, "How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?", *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n.º 2 (2012), pp. 175-196.

[58] Un interesante trabajo todavía no editado como libro es Buono, Enrico, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesis de doctorado en Derecho Público Comparado, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", 2017/2018.

se basaron en un proyecto de sociedad plural y las nuevas Constituciones aprobadas en los años 2008 y 2009 demuestran cómo este es un principio que tendrá que guiar todos los procesos políticos, incluido el de descentralización[59].

Las Cartas constitucionales superan los modelos estatales precedentes y el pasaje de un Estado asimilacionista a un Estado multicultural/intercultural, en el cual el concepto de nación es diferente al de huella liberal basado en la homogeneidad cultural.

Por eso, en los dos países se observa que no se planteó construir el nuevo Estado bajo la forma federal de base étnica, sino un Estado (autoproclamado unitario) acogedor de todas las diferencias étnicas (reconocida por medio de una organización territorial descentralizada).

El territorio, entonces, representa el elemento de un Estado que vira hacia la plurinación, permite el desarrollo de los derechos de la naturaleza y —con especial referencia al caso colombiano— la construcción de un proceso de paz. Efectivamente, en Colombia, parte de la comunidad en general y de la doctrina jurídica han reconocido en un acto político —el Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y el grupo FARC— la posibilidad de un cambio de postura en las relaciones entre Estado-centro y entes territoriales. “Todo lleva a pensar que el tema territorial debe barajarse de nuevo y que los acuerdos de La Habana […], sin duda, constituyen el mejor pretexto para reflexionar nuevamente sobre un punto de gran calado y filigrana política: la distribución del poder en el territorio”, entonces una “lectura del Acuerdo en clave territorial se debe hacer de forma implícita o explícita”[60].

---

[59] En Bolivia, los compromisos político-culturales que emergieron en la Asamblea Constituyente son evidentes: el peso del Movimiento al Socialismo (MAS) en el contenido de la Constitución y de la posterior Ley Marco de Autonomías y Descentralización (Ley 031 de 2010) no deja lugar a incertidumbre en los dos primeros artículos que reconocen al mismo tiempo la unidad del territorio nacional y el principio de autonomía, con especial énfasis en la autonomía indígena. En la Constitución de Ecuador, el Estado, si bien unitario, se proclama de carácter intercultural y plurinacional, lo que ha sido interpretado como el reconocimiento a las catorce nacionalidades de los pueblos indígenas del Ecuador que habían luchado por su condición de *distintos*. Véase Sánchez Botero, Esther, “Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, *Serie Doctrina Jurídica*, n.º 92 (2002), pp. 69-88.

[60] Estupiñán Achury, Liliana, “Construcción del estado en los Territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz”, en id. (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 152-153.

La idea de que la paz se pueda construir en los territorios se remonta al momento de las negociaciones, cuando se había ideado el concepto de "paz territorial"[61]. Sin embargo, ese concepto no ha sido aclarado sucesivamente y podría ser interpretado tanto en un sentido restrictivo-centralista como en un sentido más favorable la participación de las autoridades territoriales a la reconstrucción del territorio, no solamente en términos geográficos, sino políticos, económicos y jurídicos[62]. "En este sentido cobra importancia 'la territorialización' no sólo la organización o división administrativa del territorio, sino la relación entre comunidades y la construcción de sociedad en lo local"[63].

No se trata, entonces, de un movimiento en favor de la descentralización o de un debate sobre la mejor forma de ordenamiento territorial o de reforma agraria; se trata de interpretar conjuntamente la cuestión territorial con el tema del desarrollo del proceso de paz, porque la lectura del texto de los Acuerdos está "más ligada a una lógica de enfoque territorial que de descentralización y de autonomía (estas últimas se tendrán que construir en fase de implementación)"[64]. Por supuesto, esta relación implica un modo de ser respecto de los territorios, que identifica a las comunidades que lo habitan[65] (territorio, paz y comunidad originarias, en el razonamiento de la Corte Constitucional).

El conjunto de estos tres elementos plurinación/interculturalidad, derechos de la naturaleza y construcción de la paz territorial permiten abarcar un

---

[61] Tanto así que parte de la doctrina se ha preguntado sí "¿será ésta conveniente para un desarrollo interno más equilibrado y un escenario propicio para un acuerdo de paz con base en una distribución territorial del poder, o por el contrario, el camino más expedito para abandonar cada territorio a su suerte en la competencia mundial y romper la unidad territorial del Estado colombiano?". Restrepo, Darío, "De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz", *Revista Eure*, vol. 29, n.º 89 (2004), pp. 81-96.

[62] El "mínimo" desarrollo del tema de la paz territorial por parte del Estado todavía no permite expresar una opinión en sentido centralista o autonomista: los 16 programas de desarrollo con enfoque territorial (PDET), creados mediante Decreto 893 del 2017, los cuales aspiran a ser "los instrumentos de planificación y de gestión de programas sectoriales en el marco de una reforma rural integral", se revelan insuficientes para resolver un tema tan complejo.

[63] Suelt Cock, Vanessa, "La autonomía local en el posconflicto, una propuesta de paz territorial", en Criado de Diego, Marcos (coord.), *La paz en el territorio: poder local y posconflicto en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 271 y ss.

[64] Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del estado en los Territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz", cit., p. 161.

[65] Delaney, David, *Territory: a short introduction*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2005, p. 10.

análisis diferente del proceso de "transformación o reacomodamiento" del Estado unitario, que ya no puede ser interpretado bajo las taxonomías clásicas (formadas por criterios exclusivamente jurídicos) que giran en torno a la contraposición "Estado unitario-Estado compuesto", pues está cambiando el paradigma de las relaciones centro-periferias, demostrando que el modelo de organización territorial rígido, basado en la uniformidad, en la jerarquía y en la separación de competencias, ya no funciona.

Para entender este nuevo paradigma es necesario proceder por medio de una lectura conjunta e integrada del rol jugado por los formantes en cada uno de los países considerados. Según mi visión de comparatista, la categoría de los derechos de la naturaleza se construye por medio del aporte de la doctrina, de la jurisprudencia, y de la ley (en sentido ancho), es decir, por medio de los tres formantes[66].

Si analizáramos los formantes por separado en cada país, es decir, el rol del legislador en la actuación de los principios constitucionales, de la jurisprudencia en la interpretación de los nuevos derechos, así como de la doctrina en su misión de soporte de los dos formantes, tendríamos aún una visión incompleta de este paradigma andino. En otras palabras —y explicado en términos de teoría de la comparación—, no aparecería un paradigma, sino que se verificaría una disociación entre formantes.

El significado de cada uno de los elementos del nuevo constitucionalismo andino que se encuentran en las Constituciones recientes de Bolivia y Ecuador se ha afirmado por medio de la interpretación de la jurisprudencia y de la doctrina más innovadora[67], también en Colombia, donde la Constitución de 1991 no los incluye explícitamente en el texto. Sin embargo, los tres

[66] Según Sacco, generaciones de juristas aprendieron que, en razón del principio de "unicidad de la regla del derecho", la regla legal, la regla doctrinal y la regla jurisprudencial tienen el mismo contenido y que son, por eso mismo, intercambiables. Esto no es cierto en las investigaciones de derecho comparado, ya que al interior de cada sistema los formantes se comportan de manera distinta. Sacco, Rodolfo, cit., Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

[67] En América Latina, el tránsito de un Estado multicultural hacia un Estado intercultural es el resultado de un largo trabajo hermenéutico de la doctrina, el cual hizo hincapié en la exigencia de un diálogo paritario entre las diferentes culturas: Talavera Fernández, Pedro, "Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos", *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, n.º 28 (2011), p. 20. Habla de una utopía andina Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019.

formantes (normativo, jurisprudencial y doctrinario/cultural) no siempre han funcionado en armonía.

El análisis comparado permite trazar un vínculo entre los formantes: exactamente como sucede en una melodía cuando los instrumentos tocan conjuntamente para crear una composición musical completa e independiente, así lo es para proporcionar una lectura amplia del nuevo paradigma; es necesario examinar conjuntamente el funcionamiento de todos los formantes.

Siguiendo adelante con la metáfora musical, en relación con el ordenamiento territorial, esta melodía tiene que ser transcrita en un nuevo pentagrama, porque el actual no es apropiado para acoger el nuevo paradigma.

Esta es la clave de lectura para el paso de un acercamiento descriptivo a las reformas constitucionales y legislativas aprobadas en la última década en esa área del continente, a la construcción de un modelo prescriptivo que no se identifique con la experiencia jurídica de un solo país —no sería un modelo en sentido estricto—, sino en un prototipo válido para los Estados que se identifiquen (y que se identificarán) en este nuevo paradigma.

La doctrina comparatista ya ha confirmado las condiciones de comparabilidad entre dos de los tres países analizados (Bolivia y Ecuador) en relación con la construcción de una nueva categoría de forma de Estado (el Estado intercultural), basada en el diálogo entre culturas, que va más allá de la categoría del Estado multicultural, este último basado en la coexistencia de varias culturas[68] (el enfoque intercultural ha sido analizado en el § 2).

La plurinación/interculturalidad y la defensa de los derechos de la naturaleza pertenecen a los elementos comunes bajo los cuales se está construyendo la categoría del Estado intercultural, como nuevo modelo de relaciones entre “autoridad y libertad”, Estado y ciudadanos.

La propuesta de una lectura por formantes del nuevo paradigma andino añade a estos elementos el componente del territorio: el territorio es considerado un elemento característico de este paradigma en el cual se desarrollan las garantías de los pueblos *tout court* y se construye la tesis para la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz territorial.

---

[68] Bagni, Silvia, “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoría”, en Bagni, Silvia, Pavani, Giorgia y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, tomo 1, pp. 111 y ss. En relación con la categoría del Estado multicultural, véase la obra de Amirante, Domenico, *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell’Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014.

Por tanto, razonando en términos prescriptivos, los (nuevos) elementos del paradigma andino implican diferencias en relación con la estructura del ordenamiento local, pues como una nueva melodía no puede transcribirse en el antiguo pentagrama, igualmente el diálogo intercultural, la defensa de la naturaleza y la construcción de la paz territorial no pueden desarrollarse en un espacio uniforme, homologado, controlado por el centro por medio de órganos que actuaban coherentemente en otra forma (y con visión) de Estado.

Si fuera así, o si siguiera siendo así, existiría el riesgo de la "deconstitucionalización", es decir, de falta de actuación de la Constitución o de un vaciamiento de los nuevos principios constitucionales[69], mientras, en cambio, la propuesta epistemológica contenida en las Constituciones "busca revalorizar los conocimientos ancestrales y mestizos para proponer alternativas al desarrollo hegemónico, en una suerte de ruptura del sistema geopolítico dominante"[70].

En este escenario, es fundamental abrir un diálogo al interior de la doctrina latinoamericana (en particular, del área andina) y entre esa y la doctrina europea, con un aporte relativo al "cómo" alimentar —desde la perspectiva jurídica— este diálogo, para que sea fructífero para los demás formantes (en particular, el legislador).

Lo que he identificado como "paradigma andino", con su carácter prescriptivo y su elemento principal de la asimetría (en todos los perfiles: funcional, estructural e identitario/cultural) puede ser leído también en términos interculturales e interdisciplinarios, como una respuesta —jurídica— a la petición de superar la "autoestima relativamente baja" y el "victimismo" del "latinoamericano escéptico [el cual] típicamente subestima el papel del constitucionalismo en sus países"[71].

Al contrario, con una "inyección de autoestima", el estudioso latinoamericano puede convertir el área latinoamericana —que tanto ha adquirido de los

---

[69] De Sousa Santos, Boaventura, "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en id., Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2012, p. 14.

[70] Navas Alvear, Marcos y Barahona Nejér, Alexánder, "La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi", en Le Quang, Matthieu (ed.), *La revolución ciudadana en escala de grises. Avances, continuidades y dilemas*, IAEN, Quito, p. 136.

[71] Marquardt, Bernd, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, cit., p. 54.

derechos extranjeros— en un ejemplo de estudio en virtud de todos los casos de mutaciones del gobierno local que están afectando a muchos países europeos, valorizando las fuerzas centrífugas que caracterizan las experiencias latinoamericanas analizadas en el presente libro, identificadas por procesos de descentralización asimétrica, basados también en factores extrajurídicos, nuevas formas de participación ciudadana y de relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Estas nuevas tendencias de la descentralización representan un laboratorio experimental que se expande en América Latina y pueden ser estudiadas en un contexto más amplio de circulación de los modelos de descentralización y permite al comparatista convertir lo aprendido de las experiencias latinoamericanas en algunas propuestas útiles para superar el momento de crisis europea, que ha llegado a una dimensión no solo económico-financiera, sino además institucional.

Bibliografía

AA.VV., *Congrès international de droit comparé tenu à Paris du 31 juillet au 4 août 1900: procès-verbaux des séances et documents*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, París, 1905-07.

Acosta, Alberto, "Los buenos convivires. Filosofías sin filósofos, prácticas sin teorías", *Estudios Críticos del Desarrollo*, vol. 7, n.º 12, (2017), pp. 153 y ss.

Amirante, Domenico, *Lo Stato Multiculturale. Contributo alla teoria dello Stato dalla prospettiva dell'Unione indiana*, BUP, Bologna, 2014.

Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2019.

Bagni, Silvia (dir.), *Justicia constitucional comparada*, Editorial Porrúa, México, 2014.

Bagni, Silvia, "Del Welfare State al Caring State?, en AA.VV., *Annuario italo-iberoamericano di diritto costituzionale*, ESI, Napoli, 2014, pp. 325-345.

Bagni, Silvia, "Comparative law and… love: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista", *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi 2017*, vol. VIII (2017), pp. 47-66.

Bagni, Silvia, "Estudio introductorio sobre el deslinde conceptual del Estado intercultural", en *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 5-13.

Bagni, Silvia, *Il popolo legislatore*, BUP, Bologna, 2017.

Bagni, Silvia, "Does Interculturalism matter in legal studies?", *DPCE Online*, n.º 2 (2019), pp. 1279-1283, en http://www.dpceonline.it/index.php/dpceonline/article/view/731.

Bagni, Silvia, "Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoría", en Bagni, Silvia, Pavani, Giorgia y Figueroa Mejía, Giovanni A. (coords.), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, Tomo II, Tirant Lo Blanch, México, 2017, pp. 111 y ss.

Bagni, Silvia, "Le voci (non del tutto inascoltate) della Natura nella recente giurisprudenza colombiana e indiana", *DPCE Online*, n.º 4 (2018), p. 1000.

Bellingeri, Marco, *Sistemas jurídicos y codificación en el primer liberalismo mexicano, 1824-1834*, en id. (coord.), *Dinámicas de Antiguo Régimen y orden constitucional: representación, justicia y administración en Iberoamérica, siglos XVIII-XIX,* OTTO, Torino, 2000, pp. 367 y ss.

Benedicto XVI, Carta encíclica *Caritas in veritate*, A los obispos a los presbíteros y diáconos a las personas consagradas. A todos los fieles laicos y a todos los hombres de buena voluntad sobre el desarrollo humano integral en la caridad y en la verdad, 29 de junio de 2009.

Bennet, Robert J., "European Local Government Systems", en id. (ed.), *Local Government in the New Europe*, Belhaven Press, London, 1993, pp. 28 y ss.

Bobbio, Luigi, *I governi locali nelle democrazie contemporanee*, Laterza, Roma-Bari.

Boero, Ferdinando, "Nature and the governance of human affairs", en Bagni, Silvia (dir.), *Come governare l'ecosistema? How to govern the ecosystem? ¿Cómo gobernar el ecosistema?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Bologna, Bologna, 2018, pp. 47-60.

Buono, Enrico, "'Columbus' Mistake. Bridging the Gap in the Global South: the Implementation of Institutional Multiculturalism between India and Las Indias", *Rev. Gen. Der. Púb. Comp.*, 26 (2019), pp. 1-20.

Buono, Enrico, *Lo Stato plurinazionale. Percorsi di ingegneria costituzionale interculturale*, tesis de doctorado en Derecho Público Comparado, Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli", 2017/2018.

Capra, Fritjof y Mattei, Ugo, *Ecologia del diritto. Scienza, politica, beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2017.

Carducci, Michele, "Natura (diritti della)", *Dig. Disc. Pubbl.*, VII (2017), pp. 486 y ss.

Cunningham, William P., Cunningham, Mary Ann y Saigo, Barbara W., *Fondamenti di ecologia*, McGraw-Hill, Milano, 2004.

David, René, *Traité élémentaire de droit civil comparé: introduction à l'étude des droits étrangers et à la méthode comparative*, R. Pichon, R. Durand-Auzias, París, 1950.

De Sousa Santos, Boaventura, *Construyendo las epistemologías del Sur. Antología*, vol. I y II, Clacso, Buenos Aires, 2018.

De Sousa Santos, Boaventura y Grijalva Jiménez, Agustín (eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Ecuador*, Abya Yala, Quito, 2012.

Delaney, David, *Territory: a short introduction*, Wiley-Blackwell, Hoboken, 2005.

Escobar, Arturo, "Sentipensar con la Tierra: las luchas territoriales y la dimensión ontológica de las epistemologías del Sur". *AIBR Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 11, n.º 1 (2016), pp. 11-32.

Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del estado en los territorios del abandono. Aportes a partir del Acuerdo de Paz", en id. (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 152-153.

Falleti, Tulia, "A sequential theory of decentralization: Latin American cases in comparative perspective", *American Political Science Review*, vol. 99, n.º 3(2005), pp. 327 y ss.

Fletcher, George P., "Comparative Law as a Subversive Discipline", *Am. J. Comp. L.* n.º 46 (1998), pp. 683-700.

García de Enterría, Eduardo, *Revolution française et administration contemporaine*, Economica, París, 1986.

Glenn, Patrick H., *Legal Traditions of the World. Sustainable Diversity in Law*, OUP, Oxford, 2000.

Goldsmith, Mike, "Local autonomy-theory and practice", en King, Desmond S. y Pierre, Jon (eds), *Challenges to Local Government*, SAGE, Londres, 1990.

González Piñeros, Nidia Catherine y Pavani, Giorgia, "Decentralization processes in the Constitutions of Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. A Comparison beyond a semantic approach", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 21 (2018), pp. 1-25.

Graziadei, Michele, "Comparative law as the study of transplants and receptions", en Reimann, Mathias y Zimmermann, Reinhard (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, OUP, Oxford, 2006, pp. 441 y ss.

Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, "La renovación de la crítica al desarrollo y el buen vivir como alternativa", *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 16, n.º 53, (2011), pp. 71-83.

Gudynas, Eduardo y Acosta, Alberto, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.

Gudynas, Eduardo, *El mandato ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*, Abya Yala, Quito, 2009.

Guerra, François-Xavier (coord.), *Revoluciones hispánicas: independencias americanas y liberalismo español*, Editorial Complutense, Madrid, 1995.

Heller, Patrick, "Moving the state: the politics of democratic decentralization in Kerala, South Africa, and Porto Alegre", *Politics & Society*, vol. 29, n.º 1 (2001), pp. 131-163.

Keating, Michael, "Regional autonomy in the changing state order: a framework of analysis", *Regional & Federal Studies*, vol. 2, n.º 3 (1992), pp. 45-61.

Kothari, Ashish, Salleh, Ariel, Escobar Arturo et al. (ed.), *Pluriverse: A Post-Development Dictionary*, Tulika Books, New Dehli, 2019.

Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.

Legrand, Pierre, "European legal systems are not converging", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 45 (1996), pp. 52-81.

Mattei, Ugo, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

Mattei, Ugo y Monateri, Pier Giuseppe, *Introduzione breve al diritto comparato*, CEDAM, Padova, 1997.

Mattei, Ugo y Quarta, Alessandra, *Punto di svolta. Ecologia, tecnologia e diritto privato. Dal capitale ai beni comuni*, Aboca, Sansepolcro, 2018.

Marquardt, Bernd, *Historia constitucional comparada de Iberoamérica. Las seis fases desde la revolución de 1810 hasta la transnacionalización del siglo XXI*, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2016.

Marquardt, Bernd, *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010), historia constitucional comparada*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

Meer, Nasar y Modood, Tariq. "How does Interculturalism Contrast with Multiculturalism?", *Journal of Intercultural Studies*, vol. 33, n.º 2 (2012), pp. 175-196.

Menski, Werner, "Globalisation and the new utopia of multicultural/intercultural and plurilegal states: Some methodological reminders", en Bagni, Silvia (coord.), *Lo Stato interculturale: una nuova eutopia? The Intercultural State: a New Eutopia? El Estado intercultural: ¿una nueva eutopía?*, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Bologna, 2017, pp. 120-143.

Morvillo, Marta, "Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda", *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 de mayo de 2019, pp. 1-12.

Mouffe, Chantal, *Deliberative Democracy or Agonistic Pluralism?*, Institute for Advanced Studies, Wien, 1999.

Muir-Watt, Horatia, "La fonction subversive du droit comparé", *Revue internationale de droit comparé*, vol. 52, n.º 3 (2000), pp. 503-527.

Navas Alvear, Marcos y Barahona Nejér, Alexander, "La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi", en Le Quang, Matthieu (ed.), *La Revolución Ciudadana en escala de grises. Avances, continuidades y dilemas*, IAEN, Quito, pp. 135 y ss.

Oxhorn, Philip, Tulchin, Joseph S. y Selee, Andrew, *Decentralization, democratic governance, and civil society in comparative perspective: Africa, Asia and Latin America*, Woodrow Wilson Center Press with Johns Hopkins University Press, Washington D.C., 2004.

Page, Edward C. (ed.), *Central and Local Government Relations. A Comparative Analysis of West European Unitary States*, SAGE, London, 1987.

Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), "Las tendencias del Estado Unitario en América Latina", *Revista General de Derecho Público Comparado*, n.º 19 (2016), pp. 1-42.

Pavani, Giorgia y Pegoraro, Lucio (a cura di), *Municipi d'occidente. Il governo locale in Europa e nelle Americhe*, Donzelli, Roma, 2006, trad. esp. *Municipios de Occidente. El gobierno local en Europa y en las Américas*, Universidad Libre, Bogotá, 2008.

Pegoraro, Lucio, "Introduzione. Municipi d'Oriente. Una macrocomparazione per differenze", en Kudo, Hiroko, Ladu, Giampaolo y Pegoraro, Lucio (eds.), *Municipi d'oriente. Il governo locale in Europa orientale, Asia e Australia*, Donzelli, Roma, 2008.

Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado. La ciencia y el método*, Astrea, Buenos Aires, 2016.

Pegoraro, Lucio, Rinella, Angelo, *Derecho constitucional comparado, II, Sistemas constitucionales comparados*, Astrea, Buenos Aires, 2018.

Ramón Valarezo, Galo. "Plurinacionalidad o interculturalidad en la Constitucion?", http://www.cebem.org/cmsfiles/archivos/plurinacionalidad-19.pdf.

Restrepo, Darío, "De la descentralización a la regionalización. Nuevo escenario de la guerra y oportunidad para la paz", *Revista Eure*, vol. 29, n.º 89 (2004), pp. 81-96.

Ruggiu, Ilenia, *Culture and the Judiciary. The Anthropologist Judge*, Routledge, London-New York, 2018.

Sacco, Rodolfo, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law (Installment I of II)", *American Journal of Comparative Law*, n.º 39 (1991), pp. 1-34.

Sánchez Botero, Esther, "Los derechos indígenas en las Constituciones de Colombia y Ecuador", en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y Derechos Indígenas, Instituto de Investigaciones Jurídicas*, *Serie Doctrina Jurídica*, n.º 92 (2002), pp. 69-88.

Siems, Mathias, "The End of Comparative Law", *Journal of Comparative Law*, n.º 92, (2007), pp. 133-150.

Stone, Christopher D., "Should trees have standing? Towards Legal Rights for Natural Objects", *Southern California Law Review*, n.º 45 (1972), pp. 450-501.

Suelt Cock, Vanessa, "La autonomía local en el posconflicto, una propuesta de paz territorial", en Criado de Diego, Marcos (coord.), *La paz en el territorio: poder local y posconflicto en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pp. 271 y ss.

Talavera Fernández, Pedro, "Diálogo intercultural y universalidad de los derechos humanos", *Revista del Instituto de Ciencias jurídicas de Puebla*, n.º 28 (2011), p. 20.

Taylor, Charles, "Interculturalism or multiculturalism?", *Philosophy and Social Criticism*, vol. 38, n.º 4-5 (2012), pp. 413 y ss.

Vandelli, Luciano, "Las múltiples caras del Estado unitario", en Pavani, Giorgia y Estupiñán Achury, Liliana (coord.), *Plurinacionalismo y centralismo. Tensiones del Estado unitario en América Latina*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 21 y ss.

Vandelli, Luciano, *El poder local. Su origen en la Francia revolucionaria y su futuro en la Europa de las regiones*, INAP, Madrid, 1991.

Viciano Pastor, Roberto y Martínez Dalmau, Rubén, "Fundamento teórico del nuevo constitucionalismo latinoamericano", en Viciano Pastor, Roberto (ed.), *Estudios sobre el nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 36-44.

Wunder, Bernd (dir.), *Les influences du modèle napoleonien d'administration sur l'organisation administrative des autres Pays*, International Institute of Administrative Sciences, Bruxelles, 1995.

Zweigert, Konrad y Kötz, Hein, *An Introduction to Comparative Law*, North Holland Pub., Ámsterdam-Nueva York, 1977.

Una fundamentación contrahegemónica de los derechos

Miguel Ángel Pacheco Rodríguez*

Introducción

El título de nuestro trabajo incorpora tres elementos que vienen siendo objeto de debate desde hace mucho tiempo. Podríamos afirmar, por tanto, que de alguna manera son conceptos (mejor concepciones) esencialmente controvertidos. Además, el objeto principal de este estudio, *la fundamentación* (contrahegemónica) *de los derechos*, se presenta de forma indeterminada (*una*), de modo que se asume que hay, o puede haber, otras. Esta última cuestión, la del carácter contrahegemónico de la fundamentación de los derechos que se propone, quedará explicitada en los siguientes apartados. Del mismo modo, como podrá comprobarse unas líneas más abajo, también hemos intentado definir cuál es la teoría ética que consideramos más apropiada a tal fin: el constructivismo ético (con los matices que se apuntarán). Sin embargo, aún nos quedaría un elemento por aclarar: nuestra concepción de lo que sea el "derecho". A este respecto, nos adherimos a una concepción positivista del derecho y, de forma más concreta, al denominado *positivismo metodológico*.

Como ha expresado el profesor Prieto, al término positivismo "conviene aproximarse con cautela, pues con frecuencia las críticas genéricas se refieren en realidad solo a algún aspecto del positivismo"[1]. Sigue siendo especialmente

---

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Castilla-La Mancha, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (España).

[1] Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Palestra, Lima, 2018, p. 27.

útil y esclarecedora a tal fin la clasificación de Bobbio[2]: i) positivismo jurídico como un método de aproximarse al estudio del derecho (*positivismo metodológico*); ii) positivismo jurídico como una teoría o modo de entender el derecho (*positivismo teórico*) y, finalmente, iii) positivismo jurídico como una determinada ideología del derecho (*positivismo ideológico*). Dado que rechazamos frontalmente este último, y que consideramos inaplicables las tesis (la gran mayoría) del segundo a los sistemas jurídicos actuales (al menos los propios del Estado constitucional de derecho), nos permitiremos un breve análisis en orden inverso a como los clasificó el autor italiano.

Para el *positivismo ideológico*, el derecho, por el mero hecho de su existencia, tiene un valor positivo. Puede presentarse en dos versiones diferentes: i) el derecho representa el criterio de lo justo y de lo injusto. Será justo todo lo que ordene, e injusto todo lo que prohíba; y ii) el derecho, por su mera existencia, es útil para alcanzar determinados fines que son socialmente valiosos (seguridad, orden, paz, etc.).

De la primera versión se deriva una obligación *moral* de obediencia al derecho. De la segunda, en cambio, una obligación *moral* condicionada, o *prima facie*, en función de que el derecho cumpla o no con los fines señalados.

El *positivismo teórico* [3] da respuesta a cuatro grandes capítulos de la teoría del derecho: teoría de la norma, teoría del sistema jurídico, fuentes del derecho e interpretación y aplicación. En resumen, "la norma es concebida como mandato, el sistema, como pleno y coherente, las fuentes, bajo la absoluta hegemonía de la ley, y la interpretación, dominada sucesivamente por el mecanicismo o deductivismo y por la discrecionalidad"[4]. Como se comprenderá fácilmente, hoy resulta muy complicado sostener que las normas quedan reducidas al espacio de los mandatos, pensemos en todos los principios constitucionales y su formulación como normas permisivas; o sostener que el sistema jurídico es un sistema perfecto, sin lagunas ni antinomias y por ende completo y coherente; y aún menos imaginable sería defender la supremacía de la ley como

---

[2] Bobbio, Norberto, "Aspetti del positivismo giuridico", en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1961, pp. 103 y ss. También puede verse en Bobbio, Norberto, *Il positivismo giurídico*, Giapichelli, Torino, 1979, pp. 151 y ss.

[3] En este apartado seguiremos, básicamente, el análisis de Luis Prieto. Véase Prieto, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005, pp. 319-325.

[4] Ibíd., p. 324.

primera y única fuente del derecho; y, finalmente, no suele ser nada habitual que desde el positivismo actual se sostenga algo así como la "unidad de solución correcta" que pueda deducirse silogísticamente de las normas, ni, desde luego, que los espacios de discrecionalidad judicial sean terreno abonado a la "arbitrariedad" en la toma de decisiones por parte de los jueces. Precisamente hoy, en este ámbito, la principal preocupación de la teoría de la argumentación jurídica es "suministrar herramientas al intérprete (y últimamente también al legislador) para dotar de racionalidad a sus decisiones aplicativas"[5].

Como avanzamos anteriormente, nuestra concepción del derecho se adscribe al *positivismo metodológico*, que entendemos perfectamente caracterizado en la defensa de las siguientes cinco tesis[6]:

Tesis de las fuentes sociales del derecho, que supone afirmar que el derecho es un hecho social y *únicamente* tiene su origen en la voluntad de los hombres. El derecho es una obra humana.

Tesis de la coactividad, significa que "el derecho no es un hecho social cualquiera, sino que aquello que lo singulariza es el *uso de la fuerza*"[7].

Tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, que es una consecuencia de las dos anteriores: "Si concebimos el derecho como un mecanismo normativo destinado a regular el uso de la fuerza… habremos propuesto un 'concepto' de derecho que no tiene relación *necesaria* con la moral, puesto que ni tal regulación ni tal exclusión son por necesidad moralmente valiosas ni disvaliosas"[8] (énfasis añadido). De esta distinción entre el derecho que *es* y el derecho que *debe ser* se sigue la idea de que una norma o el sistema en su conjunto pueden ser injustos, sin dejar por esta razón de ser derecho. En otras palabras y con otro matiz, "el jurista positivista, sin tener por qué desconocer que pueda concebirse un derecho ideal, recabado de la naturaleza o de la razón, niega que pueda ser 'derecho' en el mismo sentido que el derecho positivo"[9]. Por otro lado, también se desprende de esta tesis que solo por el hecho de que una norma o un estándar de comportamiento nos parezcan revestidos de moralidad o justicia no podemos derivar que sean derecho.

---

[5] Ibíd., p. 325.

[6] Ibíd., pp. 319-321.

[7] Ibíd., p. 320.

[8] Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993, p. 95.

[9] Bobbio, Norberto, "Aspetti del positivismo giuridico", cit., p. 107.

Tesis de la neutralidad, que supone "una aproximación avalorativa al concepto de derecho, entendiendo que este puede ser definido como un hecho, no como un valor y, por tanto, con independencia de la valoración que merezca su contenido"[10]. Es la base metodológica de la "ciencia jurídica", el jurista puede conocer y describir su objeto de estudio, el derecho, desde un punto de vista externo, no comprometido.

Tesis de la no obligación moral de obediencia al derecho, que es colofón de las cuatro tesis anteriores, pues parece claro que, si se comparte lo dicho hasta ahora, en especial si se sostiene que el carácter jurídico de las normas no depende en ningún caso de su adecuación a ningún orden ético, o a criterios objetivos de justicia, difícilmente se podría argumentar que hay una obligación moral de obedecer una norma injusta. En todo caso, solo existiría una obligación jurídica, legal, de obediencia, nada más (y nada menos, seguramente).

En definitiva, para los positivistas metodológicos

> el Derecho se concibe como un hecho social que tiene su origen en la voluntad de los hombres, que aparece vinculado a la fuerza, cuyo uso regula, y que desde un punto de vista ético puede ser tanto justo como injusto; y precisamente por ello permite una aproximación neutral o no comprometida a su conocimiento, no suministrando tampoco ninguna razón moral en favor de la obediencia[11].

Expuestas, *ab initio*, nuestras convicciones, posiblemente aún quede un punto importante que aclarar. Defender una concepción positivista del derecho como la que se acaba de exponer no significa en modo alguno que no se le otorgue importancia a la moral, ni que esta pueda (incluso deba) influir en la conformación del derecho[12]. Esperamos que este trabajo sea una prueba más de tal afirmación.

---

10 Prieto, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, cit., p. 321.

11 Ibíd., p. 322.

12 Véase Simmonds, Nigel E., *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet Maxwell, Londres, 1986, pp. 26 y ss.

1. El fundamento de los derechos

Nunca como en nuestra época se ha hablado tanto de los derechos humanos. Sin embargo, y contradictoriamente, en muchas ocasiones la confusión de voces y discursos sobre los derechos humanos juegan en contra de su eficacia. Uno de los principales enemigos de la defensa de los derechos humanos es la falta de claridad conceptual. Se afirma, por ejemplo, que los derechos humanos son derechos naturales, inalienables e imprescriptibles; otros sostienen que los derechos humanos son derechos morales, universales y absolutos; algunos los conciben exclusivamente como libertades básicas que ponen límite al poder estatal; otros consideran que los derechos humanos son *disparates en zancos*[13], o que creer en ellos es como *creer en brujas y unicornios*[14]. En cualquier caso, nos interesa resaltar las siguientes precisiones en relación con los derechos humanos:

En primer lugar, debemos precisar que generalmente con los derechos, y particularmente con los derechos humanos, se sostiene la idea de que son como posesiones u objetos, de ahí que sea muy común el uso de expresiones como "tener derechos" o "poseer derechos". Creo, sin embargo, que es más apropiado concebir los derechos no como cosas, sino como relaciones. De este modo, "los derechos son relaciones entre personas que posibilitan que otros se comporten de determinada manera o dejen de hacerlo. En definitiva, la perspectiva relacional de los derechos abre la reflexión a la estrecha relación existente entre derechos humanos, sujetos y organización política"[15].

En segundo lugar, no podemos olvidar que al abordar la cuestión de los derechos humanos nos encontramos ante un concepto de carácter histórico, de modo que no es posible la construcción de dogmas absolutos o suprahistóricos. Es decir, los derechos humanos son el resultado de procesos sociales determinados para dar respuesta a problemas relacionados con necesidades humanas que también deben ser comprendidas como históricas, relativas y socialmente condicionadas[16].

---

[13] Bentham, Jeremy, *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 67.

[14] MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1997, p. 95.

[15] Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004, p. 26.

[16] Fariñas Dulce, María José, "Los derechos humanos desde una perspectiva sociojurídica", *Derechos y Libertades*, n.º 6 (1998), pp. 355-375, p. 357.

En tercer lugar, es importante separar del núcleo conceptual de los derechos humanos todos aquellos elementos relativos a sus fundamentos y que muy habitualmente son analizados, equivocadamente, como parte de la respuesta a la cuestión "qué son los derechos humanos".

Finalmente, y relacionado con la primera de las precisiones señaladas, es importante destacar que un concepto relacional de los derechos humanos no debe limitarse a la visión de estos como libertades básicas frente al Estado, sino que también formarían parte de los derechos humanos aquellas relaciones que precisan, más allá de la mera abstención estatal, de un comportamiento positivo para el efectivo cumplimiento de determinados derechos.

Al tratar doctrinalmente la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos es un lugar común aludir a la conocida consideración de Norberto Bobbio: lo importante de los derechos humanos no es tanto fundamentarlos como tutelarlos, garantizarlos. Los principales argumentos del profesor italiano son: i) imposibilidad de consenso sobre un fundamento absoluto; ii) todo intento de fundamentación carece de sentido por ser los derechos humanos indefinibles, variables, heterogéneos y antinómicos; iii) la fundamentación de los derechos humanos es indeseable por suponer una inútil pérdida de tiempo; y iv) la adhesión por parte de la mayoría de los gobiernos a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre[17]. Sin embargo, son muchas las voces que no comparten esta idea. Pablo de Lora, por ejemplo, es disiente de Bobbio al menos por tres razones: por no existir, cuando menos en la práctica, un verdadero consenso sobre los derechos humanos; por la hipótesis de que en el futuro una convención distinta pudiera anular la Declaración de 1948; y por la persistencia del desacuerdo sobre el contenido y alcance de muchos de los derechos[18]. Del mismo modo, María José Añón considera que renunciar a la cuestión de la fundamentación de los derechos humanos supone limitar injustificadamente la perspectiva de acercamiento a los derechos humanos o, en cualquier caso, soslayar una de sus dimensiones constitutivas[19].

---

[17] Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 61-64.

[18] De Lora del Toro, Pablo, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006, p. 136.

[19] Añón, María José, "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en Ballesteros, Jesús. (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 100-115, p. 100.

Desde luego, descartamos toda pretensión de una fundamentación absoluta de los derechos, pues perecería en el conocido trilema lógico que Hans Albert nombró como el *trilema de Münchhausen*. Este trilema plantea que en toda fundamentación absoluta: i) o se cae en un *regreso al infinito*, ya que todo fundamento necesita, a su vez, ser fundamentado, o ii) se cae en un *círculo lógico* en el que se da como presupuesto el principio que debería ser fundamentado, o bien, iii) se interrumpe el procedimiento en un punto determinado, dogmatizando un principio o axioma que ya no se fundamenta[20].

En realidad, que se renuncie a una fundamentación absoluta de los derechos, sobre todo si se entienden en términos de fundamentación objetiva y universal, no significa que haya de renunciarse a toda fundamentación, aun cuando pueda calificarse como débil. En cualquier caso, ha de tratarse de una fundamentación (justificación) ética o moral, pues es evidente que ni el derecho ni los derechos pueden fundamentarse (justificarse) a sí mismos. Además de la fundamentación ética o moral, que insistimos es la que consideramos realmente interesante, pueden considerarse otros tipos de fundamentación de los derechos, por ejemplo, Ferrajoli distingue hasta tres más: i) la *razón* o *fundamento teórico*, que no es sino el fundamento de la definición teórica de tales derechos; ii) la *fuente* o *fundamento jurídico*, positivo que se identifica con el principio de legalidad desde una perspectiva dogmática y que responde a la cuestión descriptiva referente a qué derechos existen en un determinado ordenamiento; y iii) el *origen* o *fundamento histórico-sociológico*, que hace referencia a las luchas sociales y a los procesos políticos mediante los cuales estos derechos han sido primero afirmados y reivindicados y después conquistados y consagrados en las leyes o en las constituciones[21].

Para Ferrajoli, también hay una fundamentación axiológica de los derechos, es más, propone hasta cuatro criterios: la igualdad, la democracia, la paz, y los derechos entendidos como protección del más débil. Nos interesa ahora resaltar el último criterio, el cual podría resumirse del siguiente modo: si queremos que los sujetos más débiles física, política, social o económicamente sean

[20] Albert, Hans, *Teoría del espíritu objetivo*, Sur, Buenos Aires, 1973, pp. 12-13.

[21] Ferrajoli, Luigi, "Diritti fondamentali e democracia costituzionale", en *Analisi e diritto*, en Comanducci, Paolo y Guastini, Ricardo (a cura di), *Analisi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002-2003, pp. 333-334. También puede verse en Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 287-382.

tutelados frente a las leyes de los más fuertes, es preciso sustraer su vida, su libertad y su supervivencia, tanto a la disponibilidad privada como a la de los poderes públicos, formulándolos como derechos en forma rígida y universal[22].

2. El fundamento moral: una ética en construcción

Entre las principales teorías que han pretendido ser el fundamento ético de los derechos cabe destacar: i) teorías iusnaturalistas, ii) teorías utilitaristas y consecuencialistas, iii) teorías consensualistas, y iv) teorías constructivistas[23].

El principal problema de los planteamientos iusnaturalistas es que de alguna forma participan de lo que denominamos "objetivismo moral", es decir, sostienen que existen verdades absolutas, objetivas y que además pueden ser conocidas. Por otra parte, y en relación con los derechos humanos, la concepción iusnaturalista cae en la confusión entre los niveles descriptivo y prescriptivo; en palabras de Bentham, "las buenas razones para desear que existan los derechos del hombre no son los derechos, las necesidades no son los remedios, el hambre no es el pan"[24].

Por otro lado, hay un elemento contraintuitivo en la fundamentación utilitarista o consecuencialista de los derechos humanos. Si los derechos humanos representan el más sugerente modelo de protección y reconocimiento de la dignidad humana, no parece oportuno fundamentar tales derechos mediante un cálculo de pérdida/ganancia, o de mayor utilidad, o en función de las consecuencias que vayan a producirse por su protección o violación. Parece, a efectos de la defensa y fundamentación de los derechos humanos, más coherente una concepción ética de corte kantiano (deontológica), en la que el ser humano debe ser concebido siempre como un fin y no como un mero medio para otros.

Para el consensualismo, y también en cierto modo para el constructivismo ético, los derechos humanos están justificados cuando obtienen la aceptación de todos o de la gran mayoría. Por tanto, el sustento o fundamento de estos derechos es el común acuerdo a propósito de los mismos sobre la base del diálogo. Debemos señalar que este consenso precisa de algunos requisitos básicos:

---

[22] Véase Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

[23] Véase Rodríguez-Toubes, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

[24] Bentham, Jeremy, "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution", en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburgo, 1838, vol. II, p. 501 y vol. III, p. 221.

participación de todos en el proceso, racionalidad argumentativa, libertad de expresión, ausencia de privilegios, veracidad y ausencia de coacción son algunos de los señalados por Habermas, uno de los principales defensores de la ética del discurso[25]. Para el autor alemán, los derechos humanos son pautas normativas básicas que aparecen generalmente consignadas en las constituciones, en atención a una institucionalización jurídica y que puede facilitarse por medio de la democracia deliberativa. Gracias a esta positivación se facilita precisamente su garantía, como se confronta en el caso de los derechos fundamentales. En definitiva, el consenso es obtenido de unas condiciones hipotéticas: la situación ideal de diálogo, de la que surge la fundamentación intersubjetiva de los valores y derechos, puesto que gracias a las citadas condiciones es posible obtener un acuerdo racional/moral[26].

En una línea similar, pero más propia del constructivismo, encontramos la teoría de John Rawls. El pensamiento de Rawls se distancia no solo frente a las posiciones tradicionalistas y comunitaristas, sino también frente a posiciones utilitaristas[27] y libertarias. En su obra *Teoría de la justicia*[28], y en palabras que tomo de Roberto Gargarella[29], su posicionamiento, simplificando al extremo una obra muy compleja, podría decirse que giraba en torno a una intuición fundamental: dado que nadie es responsable de las "circunstancias" —sociales y personales— en las que le toca nacer, nadie merece ser recompensado ni castigado como resultado de estas. Nadie ha hecho nada para merecer las ventajas o desventajas con las que ha nacido. En la estructuración de su teoría, Rawls recurre a la idea del contrato social, para cuya formulación son básicos tres conceptos: i) una sociedad bien ordenada, ii) las características de quienes forman parte del contrato social y iii) la hipotética posición original, en la que los individuos, cubiertos por un velo de ignorancia, aprobarían una serie de principios de justicia que tendrían la fuerza suficiente para ser queridos por todos, siendo la justicia, por tanto, el resultado de un procedimiento equitativo.

---

[25] Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis*, Altaya, Barcelona, 1995, p. 87.

[26] Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, cap. 4.

[27] Sobre las críticas de Rawls a las tesis utilitaristas, véase Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Madrid, 1999, cap. 1.

[28] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de González, María Dolores, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

[29] Gargarella, Roberto, "Rawls: el legado de un gran filósofo", *Memoria, revista mensual de política y cultura*, n.º 168 (2003), en www.memoria.com (consultado el 6 de septiembre de 2019).

Este velo de ignorancia supone que las partes desconocen cierta clase de consideraciones generales, como cuál es su lugar en la sociedad, su posición de clase, o su estatus social; tampoco su suerte en la distribución de habilidades y capacidades, su inteligencia, su fuerza, etc. Las personas en la posición original no tienen información sobre la generación a la que pertenecen[30]. En suma, el velo de ignorancia garantizaría que las decisiones tomadas sean imparciales, pues se desconoce qué posición tendrá cada uno en la sociedad cuando el velo sea levantado. Lo que sí conocen los individuos del contrato social rawlsiano son "los hechos generales acerca de la sociedad humana, los asuntos políticos y los principios de la teoría económica, la base de la organización social y las leyes de la sicología humana. Y, sobre todo, los hechos generales que afectan la elección de los principios de la justicia"[31].

Como es fácil observar, ni el constructivismo ético se presenta como una teoría absolutamente homogénea, ni posiblemente sea la solución definitiva a las siempre controvertidas cuestiones morales, pero, como sostiene el profesor García Figueroa, "sus tesis fundamentales parecen representar la propuesta más acabada de una ética capaz de guiar la argumentación jurídica en los actuales Estados constitucionales sin necesidad de compromisos metafísicos o creencias religiosas"[32].

Para terminar, dos reflexiones: i) compartimos la denominada teoría dualista, sostenida en nuestro entorno, principalmente, por el profesor Peces-Barba. Básicamente, esta teoría defiende que, por un lado, los derechos humanos son exigencias éticas y, por otro, solo son derecho en la medida en que forman parte de un ordenamiento jurídico-positivo[33]. Esta concepción dualista "permite conservar el equilibrio adecuado entre derecho y moral, sin invadir sus respectivos ámbitos de influencia, manteniendo el carácter de derecho válido, aunque injusto de aquellas disposiciones que conculquen los derechos humanos en un ordenamiento jurídico determinado"[34]. ii) En

[30] Rawls, John, *Teoría de la justicia*, cit., p. 3.

[31] Ibíd., p. 137.

[32] García Figueroa, Alfonso, "¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación", en Gascón, Marina (coord.), *Argumentación jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 341.

[33] Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, 1983, cap. I.

[34] Vidal Gil, Ernesto Jaime, "Los derechos humanos como derechos subjetivos", en Ballesteros, Jesús., (coord.), *Derechos Humanos*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 23-41, p. 24.

relación con el constructivismo ético, nos parece atractiva la posición del profesor Carlos Santiago Nino. Si bien Nino parte de una concepción de los derechos humanos como derechos morales, lo que sería contradictorio con la teoría dualista apuntada anteriormente, lo realmente resaltable, en nuestra opinión, es que estos derechos derivan de ciertos bienes primordiales que a su vez se fundamentan en tres principios morales básicos: el principio de inviolabilidad de la persona, que prohíbe imponer sacrificios a un individuo solo en razón de que ello beneficia a otros individuos; el principio de autonomía de la persona, que asigna un valor intrínseco a la persecución de planes de vida e ideales de excelencia, y el principio de dignidad de la persona, que prescribe tratar a los hombres de acuerdo con sus voliciones y no en relación con otras propiedades sobre las cuales no tiene control[35]. Este posicionamiento es realmente constructivista, puesto que realiza una reconstrucción del discurso moral, así como del referido a los derechos humanos, lo que "supone abrir la vía a que el consenso sobre los derechos esté íntimamente ligado a la realidad social y, por tanto, a las necesidades e intereses reales de los individuos, lo que implica un enfoque abierto al reconocimiento de un espectro amplio de derechos"[36]. Y, lo que es aún más importante, su "constructivismo espistemológico" parece superar, por una parte, el *elitismo ético* de Rawls (acceso a las verdades morales de forma individual, sin un diálogo real), y, por otra parte, el *populismo ético* en el que podría incurrir Habermas al identificar la corrección y el acceso a ella con consensos efectivos[37].

3. El fundamento antropológico: una humanidad universalmente necesitada

Históricamente, como afirma Prieto, "los derechos tienen su origen en ese modelo de derecho natural racionalista y secularizado que se desarrolla en el pensamiento europeo tras la quiebra de la unidad religiosa y que servirá tanto a la recuperación de la paz como a la idea burguesa de una sociedad justa"[38].

---

[35] Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989, p. 46.

[36] Martínez de Pisón, José María, *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997, p. 126.

[37] García Figueroa, Alfoso, *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el derecho*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 329.

[38] Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, p. 33.

El iusnaturalismo racionalista desemboca en los siglos XVII y XVIII en la teoría del contrato social, "cuya consecuencia directa es la concepción artificial, individualista e instrumental de las instituciones"[39]; instituciones a las que los individuos se someten voluntaria y libremente en condiciones de igualdad. De esta forma, "los derechos naturales son, pues, la causa y justificación de todo poder político; la causa porque es su igual libertad la que permite a los individuos concluir el pacto social; la justificación porque el fundamento de la legitimidad de ese poder consiste en la mejor protección de los derechos"[40]. El sujeto de los derechos que acabamos de mencionar es el hombre abstracto, desprendido de toda contingencia o interés, por tanto, "ni la fundamentación de los derechos necesita apelar al consentimiento de individuos reales, ni su atribución requiere considerar las circunstancias históricas, pues pertenecen a todo hombre como miembro y representación del género humano"[41]. De este modo, como advierte Prieto, "la teoría moral que luego ha de servir como horizonte ético y criterio de legitimidad de un modelo justo de convivencia no alcanza a contemplar las necesidades reales del hombre en su específica condición social"[42].

En el sentido expresado, la ética kantiana, al circunscribirse en el estricto ámbito del hombre abstracto y racional, no es suficiente para una teoría de los derechos, pues precisamente el sujeto de esos derechos es el hombre contextualizado, concreto, empírico. Un intento por superar los estrechos confines que marca la ética de Kant es el desarrollo de las diferentes teorías sobre las necesidades.

Antes de iniciar un breve desarrollo de algunas de las principales teorías sobre las necesidades, quisiéramos precisar una cuestión. Suele ser habitual al hablar de las necesidades que estas se postulen como fundamento de los derechos sociales. Sin duda, es un enfoque acertado, pero entendemos que algo limitado. Aquí sostendremos que una teoría apropiada sobre las necesidades básicas debe, y puede, ser el fundamento de todos los derechos. En este sentido, Tugendhat, en relación con la pregunta acerca de qué derechos tenemos, afirma que solo puede ser fundamental el concepto de necesidad (o de interés). La importancia de la libertad quedaría suspendida en el aire

---

[39] Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 35.

[40] Ibíd., p. 41.

[41] Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, cit., p. 35.

[42] Ibíd., p. 36.

si no fuera una de las necesidades fundamentales, al igual que la integridad física, pero también, remarca el autor alemán, la importancia de los cuidados y atenciones hacia los menesterosos, y la educación en la fase de la infancia, o la participación política[43].

En resumen, no parece oportuno separar la fundamentación de los derechos en función de su tipología. Para evitarlo podemos: i) considerar que la satisfacción de al menos ciertos derechos sociales representa una precondición material para el ejercicio de las libertades, por cuanto la miseria, la marginación social y la indigencia cultural impiden dicho ejercicio[44]; de modo que los derechos sociales estarían justificados *porque* lo están también los derechos humanos; ii) considerar que la satisfacción de las necesidades humanas o de las necesidades más radicales constituye el fundamento común a todos los derechos; lo que significa que, junto a las necesidades "espirituales" que estarían en la base de los derechos civiles y políticos, existen también unas no menos importantes necesidades "materiales" que proporcionarían el fundamento de los derechos sociales.

3.1. Teoría de las necesidades de Agnes Heller

La teoría de las necesidades de Agnes Heller[45] formaba parte de un proyecto genérico de antropología social que se estructuraba en cinco bloques: "instinto, agresividad y carácter", "teoría de los sentimientos", "teoría de la historia", "teoría de las necesidades" y "teoría de la personalidad". Sin embargo, en el desarrollo de la teoría de la historia Heller se apartará del paradigma marxista[46], lo que alteró por completo el proyecto de la antropología social. Esta

---

[43] Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, trad. de Román Rabanaque, Luis, Gedisa, Barcelona, 2001, p. 335.

[44] Como hemos sostenido en otro lugar, "categorías como la dignidad, la autonomía o la libertad, en cualquiera de sus dimensiones, son cofres vacíos cuando se abren en presencia del hambre o la miseria". Pacheco Rodríguez, Miguel Ángel, *El estado del Estado social*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 75.

[45] Para una mejor comprensión de la obra de Agnes Heller, véase Añón, María José, "El sentido de las necesidades en la obra de A. Heller", *Sistema*, n.º 96 (1990), pp. 103-137; id., "A. Heller: el lugar del derecho en el paradigma de las objetivaciones sociales", *Sociologia del diritto*, n.º 1 (1991), pp. 85-110; id., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, en esp., pp. 66-93.

[46] Como ha señalado María José Añón, la pensadora Húngara "no puede sino abandonar a Marx precisamente cuando comienza su análisis de las necesidades radicales, porque el conjunto de problemas a los que tiene que hacer frente —un tipo de sociedad sobre el que Marx no ha reflexionado, como lo

ruptura supuso que fuera abandonada la cuarta parte del proyecto, esto es, la elaboración de una teoría de las necesidades inspirada en la idea de progreso de la esencia humana a través del crecimiento de las necesidades radicales en dirección a la utopía marxista de la satisfacción completa de las necesidades.

La aproximación teórica de Heller a las necesidades se efectúa a partir de la supuesta distinción entre necesidades verdaderas y falsas, en tres planos bien diferenciados: el ontológico, el ético y el político.

En el plano ontológico parte de la hipótesis de que nadie puede atribuirse la capacidad de establecer qué necesidades son verdaderas y cuáles son falsas, nadie está situado más allá de la sociedad misma, presuponiendo que tal calificación se hace desde la "conciencia correcta".

En el plano político, si ya no es un individuo aislado el que se arroga el derecho de distinguir las necesidades reales de las imaginarias, sino que es un sistema de instituciones sociales, lo que sobreviene es la dictadura sobre las necesidades. Es decir, la estructura de poder permite solo la satisfacción de aquellas necesidades que interpreta como reales, por lo que no satisface las otras y oprime toda aspiración a ellas encaminada[47].

Para romper con lo expuesto, Heller propone que todas las necesidades sentidas por los humanos como reales han de ser consideradas efectivamente reales, por lo que toda necesidad debe ser reconocida. Es esta una auténtica idea reguladora, puesto que sin ella no se puede efectuar el reconocimiento de la dignidad humana ni el ejercicio de la democracia radical. En este sentido: "el buen ciudadano no sustituye por sus valores los de las personas y grupos cuyas necesidades están pendientes de reconocimiento (o no son plenamente reconocidas) [...] Se debe solidaridad a todas las personas, y grupos de personas, cuyas necesidades no son reconocidas o no son reconocidas plenamente"[48]. Ahora bien, la pregunta es, entonces, ¿todas las necesidades deben ser satisfechas? Heller sostiene que sí, a riesgo de caer en una inconsistencia si mantuviera lo contrario. Sin embargo, surge otra pregunta, ¿es posible

muestra, entre otros aspectos, la crisis del modelo de progreso económico que hacía posible el paradigma de la sociedad de la abundancia— así lo exige". Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 68.

[47] Heller, Agnes y Fehér, Ferenc, *Marxisme et démocratie. Au-delà du "socialisme réel"*, Maspero, París, 1981, p. 245.

[48] Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, trad. de Vigil, Jorge, Crítica, Barcelona, 1990, p. 337.

la satisfacción de todas las necesidades? Como es evidente que existen más necesidades de las que pueden ser satisfechas, debe acudirse a un sistema que en cada momento dado otorgue prioridad a la satisfacción de determinadas necesidades. Para Heller, el mejor sistema es el debate público democrático, en el que las fuerzas sociales que representan necesidades heterogéneas (pero siempre reales) decidan, sobre la base del consenso, qué necesidades deben ser satisfechas primero[49].

La conclusión anterior en el sentido de que todas las necesidades son reales y que por tanto deben ser reconocidas ignora el problema del juicio moral, es decir, no la división entre verdaderas o falsas necesidades (plano ontológico), o entre necesidades prioritarias y secundarias (plano político), sino entre buenas y malas necesidades (plano ético). Si hubiéramos de descartar también esta distinción, la conclusión sería identificar lo bueno con lo real, o con lo prioritario, algo que para Heller tampoco es sostenible. Por tanto, el problema es establecer los criterios de "lo bueno" y de "lo malo", situándonos en idéntico dilema al planteado en el punto anterior. La solución para Heller viene de la mano de la formulación del imperativo categórico kantiano según el cual el hombre no debe ser transformado en un mero medio para otro hombre[50]. Por tanto, la excepción al reconocimiento de *todas* las necesidades viene representada por aquellas que requieren la utilización de otras personas como meros medios[51].

Por último, en el plano político, Heller plantea si una vez descartadas las necesidades que no se ajustan a la norma kantiana es posible distinguir entre necesidades "buenas" y "menos buenas". Para nuestra autora, esta distinción no juega ningún papel en absoluto en el debate democrático institucionalizado sobre prioridades en la satisfacción de necesidades, puesto que ello supondría evaluar su "realidad", pudiendo llegar nuevamente a la "dictadura sobre las necesidades".

Uno de los conceptos básicos en la teoría de Heller es el de *necesidades radicales*. Estas necesidades son aquellas que "nacen en la sociedad basada en relaciones de subordinación, pero que no pueden ser satisfechas en una

---

[49] Heller, Agnes y Fehér, Ferenc, *Marxisme et démocratie. Au-delà du "socialisme réel"*, cit., pp. 246-247.

[50] Ibíd., p. 250.

[51] Heller, Agnes, *Historia y futuro. ¿Sobrevivirá la modernidad?*, trad. de Gurguí, Montserrat, Península, Barcelona, 1991, p. 116.

sociedad semejante. Son las necesidades cuya satisfacción solo es posible a través de la superación de esa sociedad concreta"[52]. De este modo, "las necesidades radicales encuentran su lugar en la praxis humana, en la acción orientada a la superación de los modelos sociales caracterizados por relaciones de dominación"[53]. Heller señala como ejemplo de las muchas necesidades radicales que existen las siguientes: i) la humanidad, como realidad y como idea en el sentido de comunidad de diferentes formas de vida construidas a partir de las necesidades-valores y no por la oposición a intereses; ii) la personalidad humana "desarrollada" como modelo antropológico; iii) la necesidad de que los hombres definan por sí mismos, en el curso de una discusión racional, los valores y su orientación; iv) la generalización de las comunidades elegidas libremente; v) la igualdad entre los hombres en sus relaciones personales y la eliminación de la dominación social; vi) la abolición de la contradicción entre el tiempo de trabajo necesario para la sociedad y el tiempo libre; vii) la desaparición de la guerra y el rearme bélico; viii) la propia filosofía radical; ix) las situaciones que constituyen necesidades existenciales que en este momento son, fundamentalmente, la eliminación del hambre, la miseria y las catástrofes económicas[54].

Para Heller, las necesidades radicales son motivaciones para la acción, *un principio regulativo y orientador* cuya posibilidad de realización va unida a las posibilidades de realización de la democracia. La *radicalización* de la democracia debe significar la profundización de la libertad y los derechos fundamentales. De esta forma, Heller abandona la teoría marxista que concebía el derecho como expresión de dominación o como un instrumento de clase.

Como afirma Añón, la filosofía radical de Heller supone la aceptación de tres ideales regulativos: i) la posibilidad de una comunicación libre de toda dominación, ii) el reconocimiento de todas las necesidades como principio constitutivo y el principio de satisfacción de todas las necesidades como idea

[52] Heller, Agnes, *Por una filosofía radical*, trad. de Ivars, J. F., Ediciones 2001 S.A., El Viejo Topo, 1980, p. 112.

[53] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 69.

[54] Heller, Agnes, *Por una filosofía radical*, cit., pp. 111-112.

regulativa[55], y iii) la idea del valor de la "riqueza humana"[56]. Para Heller, estos tres ideales "no son sino la forma bajo la cual se manifiesta la libertad. Se trata de valores que, una vez obtenida validez universal, significarían la realización de la idea del valor libertad"[57].

Es evidente el carácter contrafáctico del modelo de necesidades radicales elaborado por Heller, especialmente en lo referido al principio de satisfacción de todas las necesidades. Compartimos, por tanto, el diagnóstico de María José Añón: "se podría concluir que la noción y la función de las necesidades en el modelo de Heller no pueden precisarse independientemente de su posición filosófica, de su utopía"[58].

3.2. Max Neef: desarrollo a escala humana

El estudio de las necesidades que realiza el profesor chileno Max Neef forma parte de su obra *El desarrollo a escala humana*[59], en la que se pretenden construir alternativas ante la crisis del desarrollo y sus reducciones economicistas. La contribución de Max Neef[60] se enmarca en el contexto del debate sobre lo que se ha dado en llamar "el otro desarrollo", cuyo objetivo principal es romper con las conceptualizaciones centradas en la dinámica de países desarrollados que basan su idea de progreso en la dependencia y explotación de los denominados

---

[55] Ya tuvimos ocasión de analizar cómo para Heller en el plano ontológico no podemos distinguir entre verdaderas y falsas necesidades, por lo que deben reconocerse todas las necesidades. Igualmente, pudimos observar que, en el plano ético, solo podrían ser reconocidas aquellas necesidades que superaran el test del imperativo categórico kantiano que afirma que ningún hombre debe servir como un simple medio para otro hombre. Con esta limitación debemos entender el ideal regulativo que constituye el principio de satisfacción de todas las necesidades.

[56] Añon, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 87 y ss.

[57] Heller, Agnes, *The power of the shame. A rational perspective*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985, p. 140.

[58] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., p. 93.

[59] Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, Icaria, Barcelona, 1994. La primera parte de esta obra fue publicada en 1986 como número especial de la revista *Development Dialogue*, con el título "Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro". Existe una versión posterior: Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana*, Nordan Comunidad, Montevideo, 1998 y 2001.

[60] Nos referiremos en adelante en exclusiva a Manfred Max Neef, por ser el autor principal de la obra y de las ideas que en ella se desarrollan; sin embargo, debe tenerse presente en todo momento la participación de los coautores antes citados.

países subdesarrollados[61]. Este marco teórico, como ha afirmado María José Añón, ha propiciado un tratamiento de las necesidades que afecta a su determinación conceptual. Entre las razones que se encuentran en la base de esta aproximación al concepto de necesidades pueden destacarse: la de contrarrestar la redistribución del poder y la riqueza que podría seguirse únicamente del establecimiento del nuevo orden económico internacional, la búsqueda de un criterio orientador para el tratamiento de las situaciones de los más desfavorecidos; la formulación de un nuevo estándar universal, aunque mínimo, alrededor del cual se articulen las nuevas formas de satisfacción, que sirva para una confrontación abierta entre las situaciones de pobreza y miseria y el problema de los excedentes de producción[62].

La vía alternativa que propone el profesor chileno es el *desarrollo a escala humana.* Este nuevo concepto de desarrollo se basa en tres postulados: i) el desarrollo se refiere a las personas y no a los objetos, los indicadores tradicionales de la economía miden el crecimiento material de un país, esto es, el aumento de la riqueza; sin embargo, esto no refleja la calidad de vida de sus habitantes, por lo que es necesario crear nuevos modelos, y "el mejor modelo de desarrollo será aquel que permita elevar más la vida de las personas, y la calidad de vida dependerá de las posibilidades que tengan las personas de satisfacer adecuadamente sus necesidades humanas fundamentales"[63]; ii) las necesidades humanas fundamentales son finitas, pocas y clasificables; y iii) las necesidades son las mismas en todas las culturas y en todos los momentos históricos, pues lo que cambia en todas las culturas y a través del tiempo son las formas de su satisfacción, es decir, los *satisfactores*[64].

Las necesidades son carencias, pero también potencialidades, en tanto recursos que movilizan a las personas[65]. Concebir las necesidades tan solo

[61] Como Andreas Thimm ha expresado, "la preocupación por las necesidades básicas resulta del descontento creciente, tanto con los indicadores convencionales de medición de desarrollo como con los resultados desesperados de la política de desarrollo seguida durante décadas". Véase Thimm, Andreas, "Necesidades básicas y derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 7 (1990), p. 95.

[62] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 163-164.

[63] Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, cit., p. 40.

[64] Ibíd., p. 51.

[65] Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, con la colaboración de Herrera, Felipe, "Desarrollo a escala humana: una opción para el futuro", *Developement Dialogue*, número especial, Cepaur y Fundación Dag Hammarskjöld, Santiago de Chile y Uppsala, 1986, pp. 37-38.

como carencias supone reducirlas a lo puramente fisiológico o subjetivo, que es el ámbito en que una necesidad se manifiesta claramente como la "falta de algo". Sin embargo, en la medida en que las necesidades comprometen, motivan, y movilizan a las personas, son también potencialidades y, más aún, pueden llegar a ser recursos. La necesidad de participar es potencial de participación, tal como "la necesidad de afecto es potencial de recibir afecto, pero también de darlo"[66]. Se trata, por tanto, de superar una concepción de la existencia reducida al *tener*, y que olvida otras dimensiones básicas del hombre como son el *ser*, el *estar* y el *hacer*[67]. La clasificación de las necesidades propuesta por Max Neef parte del entrecruzamiento de dos criterios, el existencial y el axiológico. Según el criterio existencial, se clasifican en: necesidades de ser, tener, hacer y estar. Según el criterio axiológico, se distinguen hasta nueve tipos de necesidades: de subsistencia, protección, afecto, entendimiento, participación, ocio, creación, identidad y libertad. Combinando ambas categorías, Max Neef elabora su conocida matriz de necesidades y satisfactores (tabla 1).

Tabla 1. Matriz de necesidades y satisfactores propuesta por Max Neef

Necesidades	Ser	Tener	Hacer	Estar
Subsistencia	(1) Salud física, salud mental, equilibrio, solidaridad, humor, adaptabilidad.	(2) Alimentación, abrigo, trabajo.	(3) Alimentar, procrear, descansar, trabajar.	(4) Entorno vital, entorno social.
Protección	(5) Cuidado, adaptabilidad, autonomía, equilibrio, solidaridad.	(6) Sistemas de seguro, ahorro, seguridad social, sistemas de salud, legislaciones, derechos, familia, trabajo.	(7) Cooperar, prevenir, planificar, cuidar, curar, defender.	(8) Entorno vital, contorno social, morada.

Continúa

[66] Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, "Desarrollo a escala humana", en www.ecoportal.com.ar/content/view/full/22954 publicado el 10 de febrero de 2003 (consultado el 3 de septiembre de 2019).

[67] En palabras de Max Neef: "(l)as necesidades revelan de la manera más apremiante el ser de las personas, ya que aquél se hace palpable a través de éstas en su doble condición existencial: como carencia y como potencialidad. Comprendidas en un sentido amplio, y no limitadas a la mera subsistencia, las necesidades patentizan la tensión constante entre carencia y potencia tan propia de los seres humanos". Max Neef, Manfred, *Desarrollo a escala humana*, cit., p. 49.

Necesidades	Ser	Tener	Hacer	Estar
Afecto	(9) Autoestima, solidaridad, respeto, tolerancia, generosidad, receptividad, pasión, voluntad, sensualidad, humor.	(10) Amistades, parejas, familia, animales domésticos, plantas, jardines.	(11) Hacer el amor, acariciar, expresar emociones, compartir, cuidar, cultivar, apreciar.	(12) Privacidad, intimidad, hogar, espacios de encuentro.
Entendimiento	(13) Conciencia crítica, receptividad, curiosidad, asombro, disciplina, intuición, racionalidad.	(14) Literatura, maestros, método, políticas educacionales, políticas comunicacionales.	(15) Investigar, estudiar, experimentar, educar, analizar, mediar, interpretar.	(16) Ámbitos de interacción formativa: escuelas, universidades, academias, agrupaciones, comunidades, familia.
Participación	(17) Adaptabilidad, receptividad, solidaridad, disposición, convicción, entrega.	(18) Derechos, responsabilidades, obligaciones, atribuciones, trabajo.	(19) Afiliarse, cooperar, proponer, compartir, discrepar, acatar, dialogar, acordar, opinar.	(20) Ámbitos de interacción participativa: cooperativas, asociaciones, iglesias, comunidades, vecindarios, familia.
Ocio	(21) Curiosidad, receptividad, imaginación, despreocupación, humor, tranquilidad, sensualidad.	(22) Juegos, espectáculos, fiestas, calma.	(23) Divagar, abstraerse, soñar, añorar, fantasear, evocar, relajarse, divertirse, jugar.	(24) Privacidad, intimidad, espacios de encuentro, tiempo libre, ambientes, paisajes.
Creación	(25) Pasión, voluntad, intuición, imaginación, audacia, racionalidad, autonomía, inventiva, curiosidad.	(26) Habilidades, destrezas, método, trabajo.	(27) Trabajar, inventar, construir, idear, componer, diseñar, interpretar.	(28) Ámbitos de producción y retroalimentación, talleres, ateneos, agrupaciones, audiencia, espacios de expresión, libertad temporal.
Identidad	(29) Pertenencia, coherencia, diferencia, autoestima, asertividad.	(30) Símbolos, lenguaje, hábitos, costumbres, grupos de referencia, sexualidad, valores, normas, roles, memoria histórica, trabajo.	(31) Comprometerse, integrarse, confundirse, definirse, conocerse, reconocerse, actualizarse, crecer.	(32) Socio-ritmos, entornos de la cotidianeidad, ámbitos de pertenencia, etapas madurativas.

Necesidades	Ser	Tener	Hacer	Estar
Libertad	(33) Autonomía, autoestima, voluntad, pasión, asertividad, apertura, determinación, audacia, rebeldía, tolerancia.	(34) Igualdad de derechos.	(35) Discrepar, optar, diferenciarse, arriesgar, conocerse, asumirse, desobedecer, meditar.	(36) Plasticidad espacio-temporal.

Fuente: Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*.

Más allá de la operatividad efectiva de la anterior tabla de necesidades y satisfactores, lo realmente interesante del planteamiento de Max Neef reside en el sistema conceptual en el que la misma se incluye y que supone añadir a la clásica relación entre necesidad y recursos la noción de satisfactor como la "modalidad dominante que una cultura o sociedad imprime a las necesidades"[68], siendo este el aspecto más dinámico de la propuesta. En este sentido, el propio Max Neef ha expresado que

> cada necesidad puede satisfacerse a niveles diferentes y con distintas intensidades. Más aún, se satisfacen en tres contextos: a) en relación con uno mismo (*Eigenwelt*); b) en relación con el grupo social (*Mitwelt*), y c) en relación con el medio ambiente (*Umwelt*). La calidad e intensidad tanto de los niveles como de los contextos dependerá del tiempo, lugar y circunstancia[69].

Por tanto, lo realmente importante es que los satisfactores son formas organizativas, prácticas sociales, espacios, valores, modelos políticos, históricamente constituidos, y su identificación permite el diseño de estrategias de intervención en el campo de las necesidades sociales. Los satisfactores son el aspecto histórico de las necesidades, en tanto que los bienes económicos son su materialización. Como ya se ha dicho anteriormente, se suelen confundir los satisfactores con las verdaderas necesidades, generándose discursos como el que se refiere a la no limitación de las necesidades humanas (cuando los limitados son los satisfactores), generando a su vez un tipo de discurso

[68] Max Neef, Manfred, *Desarrollo a escala humana*, cit., p. 44.

[69] Ibíd., p. 39.

político y científico sobre la no universalidad de las necesidades, cuando lo no universal son sus satisfactores.

Otra de las principales aportaciones es el reconocimiento de que las necesidades, los satisfactores y los bienes tienen tiempos y ritmos diferentes:

> las necesidades cambian con la aceleración que corresponde a la evolución humana; los satisfactores tienen una doble trayectoria, por un lado se modifican al ritmo de la historia, por el otro se diversifican según la cultura. Los bienes tienen una triple trayectoria: 1) se modifican al ritmo de las coyunturas, 2) se diversifican dentro de la cultura y, 3) lo hacen también de acuerdo con los estratos sociales. Estos aspectos cambian con velocidades diversas"[70].

Según Max Neef, los satisfactores pueden clasificarse, al menos, en cinco tipos, según se muestra en la tabla 2.

Tabla 2. Clasificación de los satisfactores según Max Neef

Satisfactores	Características
Violadores o destructores	A medio plazo aniquilan la posibilidad de su satisfacción y, por sus efectos colaterales, impiden la satisfacción de otros. Son impuestos. (Armamentismo, exilio, censura, autoritarismo, etc.)
Pseudosatisfactores	Producen una falsa sensación de satisfacción, pueden aniquilar la necesidad que pretenden satisfacer. Son inducidos. (Prostitución, adoctrinamiento, limosna, modas, etc.)
Inhibidores	Generalmente sobresatisfacen una necesidad, pero dificultan la posibilidad de satisfacer otras necesidades. Emanan de hábitos arraigados. (Televisión comercial, familia sobreprotectora, permisividad extrema, etc.)
Sinérgicos	Satisfacen a una y estimulan y contribuyen a la satisfacción simultánea de otras. (Lactancia materna.)
Singulares	Apuntan a la satisfacción de una sola necesidad, siendo neutros de otras. Son característicos de planes de cooperación y asistencia. Están institucionalizados. (Voto, medicina curativa, programas asistenciales, etc.)

Fuente: Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*.

Igualmente interesante en el planteamiento de Max Neef es el concepto de pobreza que propone. Para el autor chileno, el concepto tradicional de pobreza es muy limitado, pues se refiere exclusivamente a la situación de aquellas

[70] Max Neef, Manfred, *Desarrollo a escala humana*, cit., p. 49.

personas que se hallan por debajo de un determinado nivel de ingreso, lo que supone una noción estrictamente economicista. Por ello sugiere no hablar de pobreza, sino de "pobrezas". La conclusión parece obvia, allí donde cualquier necesidad humana fundamental no es debidamente satisfecha, existe una pobreza y, por tanto, igual que existe una pobreza de subsistencia si la alimentación o el abrigo son insuficientes, también hay pobrezas de afecto, de entendimiento, participación, y así sucesivamente[71]. Pobrezas que reclaman su satisfacción, que describen una carencia pero que al mismo tiempo postulan o prescriben su superación.

Esta última afirmación nos da pie a la siguiente cuestión que queremos abordar en este trabajo: el pretendido o supuesto carácter normativo de las necesidades.

3.3. Necesidades y derechos

Las diferentes teorías que se han analizado en los epígrafes anteriores intentan afirmar la existencia objetiva de determinadas necesidades básicas. Si aceptamos esa afirmación, y en nuestra opinión es aceptable, la pregunta que surge es si podemos afirmar igualmente que las personas tienen derecho a exigir que esas necesidades les sean satisfechas. En el análisis que la profesora María José Añón[72] ha realizado a propósito de la dimensión normativa de las necesidades, estudia hasta cuatro posibles respuestas a la cuestión: i) la tesis que mantiene la fusión entre hecho y valor; ii) la tesis que considera las necesidades como vehículo o puente de orden práctico, entre la esfera de los hechos y la esfera de los valores, y que afirma que la satisfacción de las necesidades es una exigencia moral; iii) la tesis que reduce las necesidades a criterios estrictamente instrumentales, y que por tanto niega su proyección como elemento normativo; y iv) la tesis que analiza las necesidades desde el marco teórico de las razones para la acción[73].

---

[71] Ibíd., pp. 43-45.

[72] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 199-258. En este epígrafe seguiré básicamente las ideas desarrolladas por la profesora de Valencia.

[73] Sobre estas tesis respecto a la dimensión normativa, o no, de las necesidades, además del trabajo citado, puede verse un excelente artículo en Lucas, Javier de y Añón, María José, "Necesidades, razones, derechos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 7 (1990), pp. 55-81.

La tesis incluida en el apartado i) reenvía al problema de los derechos morales, cuestión que excede los límites de este trabajo[74]. Analicemos brevemente las otras tres tesis.

La fusión entre hecho y valor

Quienes defienden esta tesis sostienen que las necesidades y los valores se implican mutuamente. Desde esta perspectiva, las necesidades serían, al mismo tiempo, datos empíricos y criterios prescriptivos de la experiencia humana. Al sostener que las necesidades son conceptualmente expresión tanto del ser como del deber ser, consideran superado cualquier salto lógico[75]; y, en consecuencia, concluyen afirmando que si existe una necesidad, esta debe ser satisfecha, y por tanto *existe* un derecho a su satisfacción[76]. Este enfoque es incompatible con la concepción positivista del derecho que sostuvimos al inicio de este trabajo.

El carácter instrumental de las necesidades

Como expone Añón, frente a la consideración de las necesidades como categoría normativa, otros, como es el caso de White, sostienen el carácter instrumental de las necesidades. La "necesidad" en sí misma es siempre algo incompleto, pues en realidad es "necesidad" de algo para conseguir algún fin; "se trata de un concepto 'elíptico', es decir, que la evolución de fines es inde-

---

[74] Los estudios sobre los denominados derechos morales son prácticamente inabarcables; para una aproximación a la cuestión, puede verse, Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de los derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987), pp. 22-46; Laporta, Francisco, "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", en Muguerza, Javier, y Peces-Barba, Gregorio (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 203-208; Ruiz Miguel, Alfonso, "Los derechos humanos como derechos morales", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6 (1990), pp. 154-155; Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984, esp. pp. 104 y ss.; Lucas, Javier de, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, cit., pp. 13-21; Turégano Mansilla, Isabel, *Derecho y moral en Jhon Austin*, CEC, Madrid, 2001, esp. pp. 423-429; Cruz Parcero, Juan Antonio; *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007, esp. pp. 43-66; Feinberg, Joel, "The social importante of Moral Rights", en Tomberlin, James E. (ed.), *Philosophical Perspectives 6. Ethics*, 1992; y Rodríguez-Toubes, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

[75] Añón, María José, "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 108.

[76] Sobre los autores que mantienen esta tesis, la profesora Añón analiza, entre otros, a Braybroke, Pontara y Pérez Luño. Véase Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 275 y ss.

pendiente de la que se realiza respecto a los medios; de modo que el significado de una necesidad se obtiene respondiendo a dos interrogantes: por qué y para qué”[77].

Las necesidades como razones para la acción

Para quienes rechazan la posibilidad de trazar un puente lógico entre el ser y el deber ser, entre la constatación de una necesidad, por un lado, y la obligación de satisfacerla, por otro, quedaría, sin embargo, la posibilidad de establecer que entre evidencias empíricas y declaraciones normativas pudiera trazarse una relación, no lógica, sino práctica o racional: de modo que las necesidades constituirían buenas razones para alcanzar su satisfacción.

Desde el marco teórico de las razones para la acción[78], podemos establecer un punto de unión entre necesidades y derechos, en el que las necesidades apoyarían o argumentarían a favor de un tipo de pretensión que, en determinados supuestos, puede traducirse en un derecho. Esta afirmación implícitamente conlleva otras de no menor importancia: i) afirmar la existencia de una necesidad, y reclamar la exigencia de su satisfacción, expresan cuestiones diferentes cuya relación no es directa ni puede configurarse por una inferencia lógica; ii) afirmar que las necesidades puedan ser *buenas razones*, o argumentos, para la justificación o fundamento de los derechos humanos, no significa que podamos conceptualizar los derechos humanos como necesidades básicas protegibles, pues las necesidades solo tienen virtualidad en el ámbito de la fundamentación, no del concepto; iii) aun cuando se pueda argumentar razonablemente que una determinada necesidad básica debe ser satisfecha, esta circunstancia no comporta sin más que exista un derecho en cuanto tal, directamente inferido de la anterior afirmación. Pese a todo lo anterior, se puede argumentar que las necesidades constituyen “un tipo de razones especialmente pertinentes que pueden aportarse en la fundamentación de juicios de justicia y de legitimidad y apoyar la adopción de respuestas concretas para materializar esas exigencias”[79].

---

[77] Ibíd., p. 229.

[78] Sobre estas cuestiones, véase Bayón Mohino, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991.

[79] Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, cit., pp. 283-284.

4. La fundamentación contrahegemónica frente a la *indolencia de la razón*

Hasta aquí hemos tratado de sentar algunas bases (epistemológicas) que consideramos oportunas para el esbozo de una fundamentación contrahegemónica de los derechos. Resumidamente, y como ya se anticipara en la introducción, las líneas maestras de la propuesta han sido: i) una concepción del derecho anclada en el denominado positivismo metodológico; ii) el reconocimiento de que el fundamento de los derechos, que no su concepto, solo puede situarse en el ámbito de la moral; iii) la defensa del constructivismo ético como la teoría ética más apropiada para dicho fundamento, y iv) la importancia de contextualizar, superando los estrechos márgenes de la ética kantiana, al sujeto de los derechos en virtud de una adecuada teoría de las necesidades básicas.

Ahora, como anunciábamos al inicio de este apartado, solo queda, sobre esas bases, desarrollar siquiera mínimamente una propuesta de fundamentación contrahegemónica de los derechos. A tal fin, y pese a ser conscientes de que hay elementos en nuestra propuesta aparentemente incompatibles[80], tomaremos como referencia a Boaventura de Sousa Santos.

Uno de los elementos emancipadores más interesantes de la teoría de Boaventura de Sousa es su propuesta de "cambio de racionalidad", esto es, pasar de la "razón indolente" a la "razón cosmopolita". Para este cambio, sostiene tres puntos de partida: i) la comprensión del mundo excede en mucho la comprensión occidental del mundo; ii) la comprensión del mundo tiene mucho que ver con las concepciones del tiempo y la temporalidad, y iii) la concepción occidental se caracteriza por contraer el presente y expandir el futuro. Frente a esto nos propone seguir la trayectoria inversa: expandir el presente (sociología de las ausencias) y contraer el futuro (sociología de las emergencias), para lo que es necesario sustituir la idea de "teoría general" por la de "trabajo de traducción", entendido "como un procedimiento capaz de crear un entendimiento mutuo entre experiencias posibles y disponibles sin destruir su identidad"[81].

---

[80] Por ejemplo, su concepción del derecho es claramente antipositivista. Véase Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 56-57.

[81] Santos, Boaventura de Sousa, "Para uma socilogía das ausencias e uma sociología das emergencias", en id (coord.), *Conhecimento prudente para uma vida decente. Un discurso sobre as Ciências*, Ediçoes Afrontamento, Porto, 2003, pp. 735-737.

La indolencia de la razón[82] criticada por Santos se manifiesta en cuatro formas diferentes: la "razón impotente", que no actúa porque piensa que nada puede hacer contra una necesidad concebida como exterior a ella misma; la "razón arrogante", que no siente necesidad de actuar porque se imagina incondicionalmente libre y, por consiguiente, libre de la necesidad de demostrar su propia libertad; la "razón metonímica", que se reivindica como única forma de racionalidad y, por consiguiente, no se dedica a descubrir otros tipos de racionalidad, y la "razón proléptica", que no se dedica a pensar el futuro porque juzga que sabe todo respecto de él, y lo concibe como una superación lineal, automática e infinita del presente[83].

El poder emancipatorio de la crítica de Santos radica en su propuesta de seguir un procedimiento que es repelido por la "razón metonímica", este procedimiento consiste en eliminar las dicotomías hegemónicas, pensarlas sin los lazos de poder que las han unido tradicionalmente para que así afloren otras relaciones alternativas que han estado ocultas: "pensar el Sur como si no hubiera norte, pensar la mujer como si no hubiera hombre, pensar el esclavo como si no hubiera señor"[84].

Es fundamental comprender que la denominada "razón metonímica" tiene sus propios modos o lógicas de producción de la *no existencia*: la monocultura del saber, la monocultura del tiempo lineal, la lógica de la clasificación social, la lógica de la escala dominante y la lógica productiva, de forma que "son cinco las principales formas sociales de *no existencia* producidas o legitimadas por la "razón metonímica": el ignorante, el residual, el inferior, el local y el improductivo". La "sociología de las ausencias"[85] no pretende acabar con estas cinco categorías señaladas, pretende solo que estas dejen de ser atribuidas en

[82] Como él mismo ha manifestado, toma la expresión de Leibniz, en concreto del prefacio a la *Teodicea*. Véase Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, cit., p. 610.

[83] Santos, Boaventura de Sousa, "Para uma sociología das ausencias e uma sociología das emergencias", cit., pp. 738-739.

[84] Ibíd., p. 741.

[85] No podemos extendernos más en estas cuestiones, baste señalar que la "sociología de las ausencias" que propone Santos contiene las siguientes alternativas a las lógicas de producción de la *no existencia* de la "razón metonímica": frente a la monocultura del saber, la ecología de saberes; frente a la monocultura del tiempo lineal, la ecología de las temporalidades; frente a la lógica de la clasificación social, la ecología de los reconocimientos; frente a la lógica de la escala dominante, la ecología de las trans-escalas; y frente a la lógica productivista, la ecología de la productividad (véase, ibíd., pp. 747 y ss.).

función de un solo criterio que no admite ser cuestionado por cualquier otro criterio alternativo. Especialmente porque este monopolio no es el resultado de un trabajo de racionalidad argumentativa, sino más bien el resultado de una imposición que se justifica únicamente por la supremacía de quien tiene el poder de hacerla[86].

Si con la "sociología de las ausencias" se genera la alternativa a la situación creada por la "razón metonímica", será la "sociología de las emergencias" el camino para invertir los resultados que produce la "razón proléptica". Y lo hará generando espacios de posibilidades futuras, "la sociología de las emergencias es la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas"[87].

Finalmente, y tal como adelantábamos unas líneas más arriba, el colofón de este cambio de paradigma (paso de la "razón indolente" a la "razón cosmopolita") es el denominado por Santos como "trabajo de traducción", es decir, "el procedimiento que permite crear comprensión recíproca entre las experiencias del mundo, tanto las disponibles como las posibles, reveladas por la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias"[88]. Sin duda, se trata de un ejercicio de traducción intercultural que requiere un importante esfuerzo "de imaginación epistemológica y de imaginación democrática"[89], que adquiere la forma de una "hermenéutica diatópica", entendida como "un ejercicio de reciprocidad entre culturas que consiste en transformar las premisas de argumentación (*tópoi*) de una cultura determinada en argumentos inteligibles y creíbles en otra cultura" y cuyo fin primordial es "el de llevar al máximo la conciencia de la incompletud recíproca de las culturas a través del diálogo con un pie en una cultura y el otro pie en la otra"[90].

Son muchos los aspectos de la teoría "emancipadora" de Boaventura de Santos que no han sido mencionados, lo que irremediablemente conlleva el riesgo de que todo lo dicho pueda interpretarse como fruto de la "razón

---

[86] Ibíd., p. 746.

[87] Ibíd., p. 752.

[88] Ibíd., p. 758.

[89] Santos, Boaventura de Sousa, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005, p. 186.

[90] Ibíd., p. 134.

metonímica" de quien escribe estas líneas. Somos conscientes de que hemos expuesto una pequeña parte de un gran todo.

Bibliografía

Albert, Hans, *Teoría del espíritu objetivo*, Sur, Buenos Aires, 1973.

Añón, María José, "A. Heller: el lugar del Derecho en el paradigma de las objetivaciones sociales", *Sociologia del Diritto*, n.º 1(1991), pp. 85-110.

Añón, María José, "El sentido de las necesidades en la obra de A. Heller", *Sistema*, n.º 96 (1990), pp. 103-137.

Añón, María José, "Fundamentación de los derechos humanos y necesidades básicas", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 100-115.

Añón, María José, *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.

Arango, Rodolfo, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Bayón, Juan Carlos, *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*, CEC, Madrid, 1991.

Bentham, Jeremy, "Anarchical Fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution", en Bowring, John (ed.), *The Works of Jeremy Bentham*, William Tait, Edimburgo, 1838, vol. II, pp. 501-503.

Bentham, Jeremy, *Falacias políticas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

Bobbio, Norberto, "Aspetti del positivismo giuridico", en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Ed. di Comunità, Milano, 1961.

Bobbio, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

Bobbio, Norberto, *Il positivismo giurídico*, Giapichelli, Torino, 1979.

Cruz Parcero, Juan Antonio, *El lenguaje de los derechos*, Trotta, Madrid, 2007.

De Lora del Toro, Pablo, *Memoria y frontera. El desafío de los derechos humanos*, Alianza, Madrid, 2006.

Fariñas Dulce, María José, "Los derechos humanos desde una perspectiva sociojurídica", *Derechos y Libertades*, n.º (1998), pp. 355-376.

Feinberg, Joel, "The social importante of Moral Rights", en Tomberlin, James E. (ed.), *Philosophical Perspectives 6. Ethics*, 1992, pp. 175-198.

Fernández, Eusebio, *Teoría de la justicia y derechos humanos*, Debate, Madrid, 1984.

Ferrajoli, Luigi, "Diritti fondamentali e democracia costituzionale", en Comanducci, Paolo y Guastini, Ricardo (a cura di), *Analisi e diritto*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002-2003, pp. 331-350.

Ferrajoli, Luigi, "Los fundamentos de los derechos fundamentales", De Cabo, Antonio y Pisarello, Gerardo (eds.), en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, pp. 287-382.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999.

García Figueroa, Alfonso, "¿Qué justicia hacer? El constructivismo ético o la moral como argumentación", en Gascón, Marina (coord.), *Argumentación Jurídica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 317-342.

García Figueroa, Alfonso, *Praxis. Una introducción a la moral, la política y el derecho*, Atelier, Barcelona, 2017.

Gargarella, Roberto, *Las teorías de la justicia después de Rawls*, Paidós, Madrid, 1999.

Gargarella, Roberto, "Rawls: el legado de un gran filósofo", *Memoria, Revista Mensual de Política y Cultura*, n.º 168 (2003), en www.memoria.com (consultado el 6 de septiembre de 2019).

Habermas, Jürgen, *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.

Habermas, Jürgen, *Teoría y praxis*, Altaya, Barcelona, 1995.

Heller, Agnes, *Historia y futuro. ¿Sobrevivirá la modernidad?*, trad. de Gurguí, Montserrat, Península, Barcelona, 1991.

Heller, Agnes, *Más allá de la justicia*, trad. de Vigil, Jorge, Crítica, Barcelona, 1990.

Heller, Agnes, *Por una filosofía radical*, trad. de Ivars, J. F., Ediciones 2001 S.A., El Viejo Topo, 1980.

Heller, Agnes, *The power of the shame. A rational perspective*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1985.

Heller, Agnes y Fehér, Ferenc, *Marxisme et démocratie. Au-delà du "socialisme réel"*, Maspero, París, 1981.

Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de los derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 4 (1987), pp. 22-46.

Laporta, Francisco, "Sobre la fundamentación de enunciados jurídicos de derechos humanos", en Muguerza, Javier y Peces-Barba, Gregorio (coords.), *El fundamento de los derechos humanos*, Debate, Madrid, pp. 203-208.

Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 1993.

Lucas, Javier de, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamentación de los derechos humanos", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 13-21.

Lucas, Javier de y Añón, María José, "Necesidades, razones, derechos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 7 (1990), pp. 55-81.

MacIntyre, Alasdair, *Tras la virtud*, Crítica, Barcelona, 1997.

Martínez de Pisón, José María, *Derechos humanos: historia, fundamento y realidad*, Egido, Zaragoza, 1997.

Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, con la colaboración de Herrera, Felipe, "Desarrollo a Escala Humana: una opción para el futuro", en *Developement Dialogue*, número especial, Cepaur y Fundación Dag Hammarskjöld, Santiago de Chile y Uppsala, 1986, pp. 37-49.

Max Neef, Manfred, Elizalde, Antonio y Hopenhayn, Martín, *Desarrollo a escala humana. Conceptos, aplicaciones y algunas reflexiones*, Icaria, Barcelona, 1994.

Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1989.

Pacheco, Miguel Ángel, *El estado del Estado social*, Atelier, Barcelona, 2017.

Peces-Barba, Gregorio, *Derechos fundamentales*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.

Prieto, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, Trotta, Madrid, 2005.

Prieto, Luis, *Constitucionalismo y positivismo*, Palestra, Lima, 2018.

Prieto, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales,* Debate, Madrid, 1990.

Prieto, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003.

Rawls, John, *Teoría de la Justicia*, trad. de González, María Dolores, Fondo de Cultura Económica, México, 1979.

Rodríguez-Toubes, Joaquín, *La razón de los derechos*, Tecnos, Madrid, 1995.

Ruiz Miguel, Alfonso, "Los derechos humanos como derechos morales", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 6 (1990), pp. 154-155.

Santos, Boaventura de Sousa, "Para uma sociología das ausencias e uma sociología das emergencias", en id (coord.), *Conhecimento prudente para uma vida decente*. *Un discurso sobre as Ciências*, Ediçoes Afrontamento, Porto, 2003, pp. 735-775.

Santos, Boaventura de Sousa, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, Madrid, 2005.

Santos, Boaventura de Sousa, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Trotta, Madrid, 2009.

Simmonds, Nigel E., *Central Issues in Jurisprudence. Justice, Law and Rights*, Sweet Maxwell, Londres, 1986.

Thimm, Andreas, "Necesidades básicas y derechos humanos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 7 (1990), pp. 83-98.

Tugendhat, Ernst, *Lecciones de ética*, trad. de Román Rabanaque, Luis, Gedisa, Barcelona, 2001.

Turégano Mansilla, Isabel, *Derecho y moral en Jhon Austin*, CEC, Madrid, 2001.

Vidal Gil, Ernesto Jaime, "Los derechos humanos como derechos subjetivos", en *Derechos Humanos*, Ballesteros, Jesús, (coord.), Madrid, Tecnos, 1992, pp. 23-41.

Segunda parte
La sinuosa ruta hacia el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho

Estado y gobernanza ambiental
Paradigmas alternativos

Iván Narváez Quiñónez*

Introducción

La sinopsis teórica de los tópicos Estado-sociedad, crisis ambiental y gobernanza ambiental coadyuva a dilucidarlos en clave de gobernanza sociopolítica y complejidad ambiental, contribuyendo al debate sobre aquella crisis denominada "crisis de nuestro tiempo" y atribuida a la crisis civilizatoria o del conocimiento[1].

Por requerimientos del presente texto se ubica el análisis a partir del segundo lustro de la década de 1940, argumentando que desde entonces el mundo se vuelca hacia cambios y transformaciones que ponen en un primer orden la discusión jurídica, política y territorial del rol del Estado y su relación con la sociedad. La pregunta clave es: ¿cómo el mayor desarrollo

* Doctor en Derecho, doctor en Jurisprudencia, máster en Ciencias Sociales con mención en Estudios Amazónicos; máster en Gerenciamiento Ambiental, especialista en Justicia Constitucional e Interpretación y Aplicación de la Constitución; profesor investigador de Flacso, Sede Ecuador. Es autor de *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, UASB, 2017; *Yasuní: en el vórtice de la violencia legítima y las caras ocultas del poder*, Flacso, 2013; *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*, Flacso, 2012; *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuní*, Flacso, 2009. Es miembro del Grupo de Investigación sobre Políticas Públicas Comparadas de Flacso, Sede Ecuador, y de la Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe. Obtuvo el "1.er Premio en Ciencias Sociales – Universidad Central del Ecuador" en los años 2004 y 2007. Ha publicado artículos en revistas indexadas y ha expuesto temas de su dominio académico en universidades latinoamericanas y europeas.

[1] Marcuse, H., *La sociedad opresora: industrialización y capitalismo*, Nuevo Tiempo, Caracas, 1972; Leff, E., *Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, Siglo XXI Editores, México, 1994; Leff, E., "Pensar la complejidad ambiental", en Leff, E. (comp.), *La complejidad ambiental*, Siglo XXI, México, 2000; Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006; y Ávila, R., *El neoconstitucionalismo andino*, UASB, Quito, 2016.

científico-tecnológico, el auge de las relaciones económico-financieras, de la producción y el consumo en el marco de la globalización neoliberal coadyuvan al deterioro de las relaciones hombre-naturaleza llegando a límites de aparente irreversibilidad?

Una hipótesis de trabajo tiene relación a que el debate teórico y metodológico —así como la controversia práctica— respecto a los problemas que hoy caracterizan la existencia del Estado y su crisis han sido estimulados por el auge neoconservador prevaleciente en el mundo, convirtiendo al Estado en una especie de *bete noire* que es preciso destruir. En efecto, el concepto de Estado había sido excomulgado de la academia y desterrado a los nebulosos territorios de la ideología y el pensamiento precientífico[2]. Bajo este argumento, las razones de aquel suceso fueron supuestamente la incurable vaguedad conceptual y un sesgo crónicamente formalista que privaba al Estado de todo valor heurístico.

Previo a ello cabe recordar la certeza con la cual las élites del poder proyectaron ideológicamente al Estado moderno o de derecho, como la institución jurídico-política más importante de la sociedad, caracterizada por la prevalencia de la Constitución o Norma Supraordenada y por la división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial)[3], cuyos fines eran la concreción, el interés general, el respeto a la dignidad de la persona humana y la perfectibilidad de la sociedad civil.

Para el abordaje del tema se prioriza un estado del arte sobre la relación Estado-sociedad, conflictos y gobernanza ambiental; favoreciendo la identificación de líneas teóricas dirigidas a fortalecer los tópicos de investigación; en otras palabras, supeditados a los siguientes criterios metodológicos:

i) Revisión de la literatura seleccionada en función de clarificar los contenidos de los tópicos inicialmente referidos y relacionarlos con la tipología de gobernanza. Se trata de proponer que los tópicos están vinculados a una categoría general "denominada crisis ambiental" o de nuestro tiempo y que es producto de la crisis civilizatoria o del

---

[2] Boron, A., *Pachamamismo vs. Extractivismo*, Eugenio Espejo Corporación, Quito, 2013, p. 263.

[3] Actualmente, algunos Estados han asumido una arquitectura constitucional en la que constan, además, el Poder Electoral y el de Participación Ciudadana (caso de Venezuela, 1998; Ecuador, 2008; y Bolivia, 2009).

conocimiento. De ahí se genera un debate dirigido a establecer si la crisis ambiental en su dimensión política profundiza la crisis del Estado y del régimen político, y en consecuencia de la "gobernabilidad democrática".

ii) El análisis contextual o de congruencia apunta a precisar la opción teórica que da origen a dos observaciones sobre la gobernanza: la primera es que en el "Estado en acción" el concepto de gobernanza oscurece el hecho de que las sociedades humanas están sujetas a relaciones de poder, en cuanto insta a generar consensos mediante negociaciones entre el Estado, las organizaciones y la sociedad civil, como formas de viabilizar la gobernabilidad; y la segunda observación es que las asimetrías de poder tienen raigambre histórica y ello hace evidente la disimilitud de fuerzas de los actores sociales, generando dificultad para arribar a consensos con el gobierno, estando de por medio los intereses hegemónicos de la clase dominante.

iii) Se designa a determinados actores subalternos como "sujetos emancipadores" personificados por los pueblos ancestrales, y por colectivos como los movimientos sociales ambientalistas, feministas, de movilidad humana, LGTBI (lesbianas, gais, bisexuales, transexuales e intersexuales), etc. Con base en ello, se plantea la pregunta: ¿qué relevancia tiene la gobernanza ambiental para estos sujetos en la forja de un paradigma socio-económico-político alternativo?

iv) No se proponen conclusiones de carácter empírico, sino más bien se generan atisbos teóricos tendientes a elucidar la gobernanza ambiental (en clave sociopolítica y de complejidad ambiental); en la medida en que puede hacer prevalecer la inclusión de la "otredad", la preocupación por la afectación de la trama de la vida, y asistir con mecanismos para enfrentar la injusticia cultural, la injusticia distributiva y la injusticia climática.

La relevancia del abordaje propuesto además implica comprender que desde la complejidad ambiental el solo desarrollo de la tecnociencia no garantiza la preservación de la trama de la vida, por lo que se torna emergente un ensamblaje con la pluralidad de saberes, la interculturalidad, los elementos

simbólicos y hasta lo impensable para enfrentar la crisis ambiental, que es crisis civilizatoria o del conocimiento[4].

1. Estado y sociedad

Del estado de la cuestión se deduce que el Estado moderno es la sociedad jurídica y políticamente organizada, es susceptible de coacción, y con base en su ordenamiento jurídico tiene como fin la justicia, está ordenado al bien común y rige como soporte sustantivo del desarrollo del Estado democrático[5].

En términos de Gramsci, "la sociedad política o Estado corresponden a la función de 'hegemonía' que el grupo dominante ejerce en toda la sociedad, y la de 'dominio directo" o de mando que se manifiesta en el Estado y en el gobierno 'jurídico'. Por su parte, la sociedad civil o conjunto de organismos privados responde a la hegemonía cultural"[6].

El Estado exalta su relación con el espacio geográfico, pero esta relación no explica por sí sola la unidad ni peculiaridad del Estado, en tal sentido:

---

[4] Narváez, I., *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, UASB, Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2017; Ávila, R., *El neoconstitucionalismo andino*, cit.; y Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, cit.; Leff, E., *Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, cit.; Leff, E., "Pensar la complejidad ambiental", cit.; Leff, E., *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004; Escobar, A., *El final del buen salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*, Cefrec, Bogotá, 1999; Morin, E., "El pensamiento ecologizado", *Gaceta de Antropología*, n.° 12 (1996), pp. 1-7; Godelier, M., *Lo ideal y lo material*, Taurus, Madrid, 1985; y Marcuse, H., *La sociedad opresora: industrialización y capitalismo*, cit.

[5] Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006a; Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006; Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultua Económica, México, 2004; y Heller, H., La teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

[6] Gramsci, A., *Quaderni del carcer*, 2.ª ed., col. III, Einaudi, Turín, 1975, p. 1518. Gramsci trabaja en dos dicotomías, sociedad civil-sociedad política y estructura-superestructura, que se evidencia en una serie de nociones derivadas: cuando hace referencia al antagonismo entre sociedad civil y sociedad política hace uso de las diferencias entre consenso y fuerza, persuasión y coerción, hegemonía y dictadura, dirección y dominio; y cuando aborda la diferencia entre la estructura y la superestructura, distingue el momento económico del momento ético-político, así como las dicotomías necesidad-libertad, objetividad-subjetividad. La clave de esto radica en que en la sociedad civil es donde se define el destino de los cambios de época.

Para Gramsci, la organización autónoma de la sociedad y la conquista de las conciencias constituía el punto de arranque de las mutaciones políticas y económicas (Fernández), y reafirma lo que generalmente se dice de la sociedad, y aunque las relaciones económicas y el Estado desempeñan un cierto rol en este contexto, se enfatiza que sus funciones son de apoyo, y no un factor determinante. Fernández, J., "Sociedad civil y capital social", *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2009, p. 109.

> no se puede concebir la unidad e individualidad del Estado partiendo únicamente de las características de su territorio, sino de la cooperación de la población bajo las condiciones dadas de espacio, es decir: sólo socialmente [...] el territorio del Estado es la base, pero la población (sociedad) es la depositaria viva de la sustancia del Estado[7].

Por su parte, Benz reitera que el Estado moderno se erigió priorizando la dimensión territorial, antes que la dimensión cultural[8]. Desde este enfoque, el Estado moderno asume sus fronteras físicas como símbolo del ejercicio estatal del poder: en su territorio vigila, segrega, asegura el espacio económico frente a la competencia externa, fija tributos o aranceles, controla a las personas que entran o salen y domina haciendo sentir la hegemonía del poder[9]. Esta práctica se proyecta en el tiempo y es típica de los regímenes autoritarios, con matices en el Estado liberal de derecho, y solo aparentemente disminuyó en el Estado democrático de bienestar. En la actual América Latina y particularmente en los Estados donde rige el nacionalismo radical, el orden jerárquico-represivo es acentuado[10].

Al margen de lo expuesto, el Estado ha sido objeto de procesos de "modernización" y que han implicado un proceso político, social, económico, cultural, ambiental, administrativo, científico y técnico, dirigido a la actualización y fortalecimiento del rol del Estado, mediante el replanteamiento de los procesos de regionalización, descentralización, planificación y democratización"[11].

Estos procesos responden a las especificidades históricas de cada Estado en particular y en el marco de un contexto regional y planetario irradiado por la globalización económica y el desarrollo científico-técnico. Tales procesos apuntan a objetivos concretos relacionados con el desarrollo y crecimiento de la economía, coherentes con los objetivos de los planes nacionales, regionales,

---

[7] Heller, H., *La teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 164.

[8] Benz, A., *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, p. 146.

[9] Foucault, M., *Seguridad, territorio y población*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2006.

[10] Narváez, I., *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, Universidad Andina Simón Bolíbar, Quito, 2017b. En América Latina, el cercenamiento de los territorios indígenas es histórico y aún continúa, como en el caso de los pueblos ancestrales en el contexto de la cuenca continental amazónica (caso del pueblo indígena waorani ubicado en la región Amazónica de Ecuador).

[11] Roa, H., *La gobernabilidad, hoy. Aportes a un debate*, Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 33.

provinciales o departamentales y locales propuestos por las élites gobernantes de cada jurisdicción territorial.

En todo caso, la distinción entre Estado y Sociedad continúa conduciendo gran parte de los análisis sobre los problemas sociales, y una evidencia de ello se percibe en la forma de evaluar la acción del Estado, a través de la ley y su eficacia. El Estado es la instancia totalizadora que genera la ley, y que los poderes infraestructurales y las burocracias ponen en funcionamiento.

Un conflicto serio y evidente si se cumple la premisa anterior es que ciertos poderes salieron de esa instancia totalizadora, en función de alcanzar fines particularistas. En tal sentido, se tiene la imagen de un Estado separado de lo social, con debilidades y mal funcionamiento de sus elementos básicos y que dificultan su gestión. De lo expuesto se colige que el Estado está ligado a la sociedad a manera de dos entidades, en sí mismas, externas.

En uno de estos dos enfoques se coloca al Estado de derecho como entidad cerrada sobre sí misma, separada de lo social; en consecuencia, cuando las instituciones estales se desvían de su modelo actúan mal, disfuncionalmente, como engranajes de una maquinaria que debería ser rectificada y aceitada.

> Cuando las instancias estatales se desvían de la norma, esas instancias automáticamente dejan de ser estatales y comienzan a ser caracterizadas como particularistas […]. Ningún gobierno puede equivocarse porque cuando lo hace deja de actuar como gobierno, ninguna instancia del Estado puede actuar erróneamente, porque cuando lo hace deja de ser tal, deja de ser Estado[12].

El conflicto Estado-sociedad[13] también se expresa a partir de la actuación *anómica* del Estado, y que radica no en la ausencia completa de normas, sino en la presencia de diferentes tipos de normas y en la dificultad de no saber cómo actuar en determinadas situaciones. De forma que la situación conflictiva *anómica* no se refiere tanto al abuso de las facultades estatales en sí, sino a la confusión general que eso genera[14].

---

[12] Giavedoni, J., *Gobernando la pobreza*, HomoSapiens Ediciones, Argentina, 2012, pp. 53-54.

[13] Para una comprensión más amplia sobre el tema, véase Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*, cit.

[14] Waldmann, P., *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Iberoamericana, España, 2006, p. 17.

Siguiendo a Giavedoni, un Estado que se comporta a veces dentro y a veces fuera de la ley se trata de un Estado de derecho algunas veces y de un Estado despótico en otras. De forma que la certidumbre y previsibilidad jurídica se encuentran debilitadas. En otras palabras, la debilidad del Estado no se debe a la usencia de normas, sino a la desmesurada cantidad de normas que genera y a la incapacidad de cumplirlas y hacerlas cumplir.

Como corolario de la relación Estado-sociedad en las condiciones descritas, se colige que en estos espacios donde el derecho formal convive con la fuerza y la violencia se generan "reglas naturales". En estos espacios sociales sustraídos de los efectos del derecho formal, los marcos regulatorios no se encuentran en las normas jurídicas, sino en normas que se oponen a ellas. Y ahí se afinca una cantidad de dispositivos causales que agudizan los conflictos económicos, políticos y socioambientales[15].

1.1. Crisis del Estado y crisis de gobernabilidad

El problema del origen del Estado como el de sus fines es un tema que se debate recurrentemente. Y también lo es el de la crisis del Estado, en referencia al tema de la permanente ingobernabilidad de las sociedades complejas, o bien al fomento del poder difuso. Por crisis del Estado actual se entiende la crisis del Estado democrático, que ya no logra hacer frente a las crecientes demandas de la sociedad civil, en gran parte provocadas por él mismo.

Otra tendencia asume la crisis del Estado capitalista por su incapacidad para dominar el poder de los grandes grupos de interés que compiten entre sí. ¿Se trata entonces de la crisis del Estado, de un determinado tipo de Estado o del fin del Estado? Bobbio argumentó que al orden del día había regresado el tema de un nuevo contrato social, a través del cual se debería dar vida a una nueva forma de Estado diferente al Estado capitalista o de injusticia, como el Estado socialista o de libertad[16]:

---

[15] Son precisamente las denominadas villas miseria de las grandes ciudades, y los territorios con alta sensibilidad ecológica y vulnerabilidad social, los espacios en los cuales el Estado prácticamente no existe, porque tienen sus propias leyes. Waldmann argumenta que en la medida en que los representantes y los órganos del Estado se han ido retirando (o fueron echados), aspirantes alternativos al poder han ganado importancia. Waldmann, P. *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, cit., p. 97, citado en Giovandi 2012, p. 50.

[16] Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, cit., p. 177.

> El fin del Estado está íntimamente vinculado al juicio de valor positivo o negativo que fue dado y se continúa dando, sobre esta máxima concentración de poder que tiene el derecho de vida y de muerte sobre los individuos que se confían a él, o que lo sufren pasivamente. Toda la historia del pensamiento político está recorrida por la contraposición entre la concepción positiva y la concepción negativa del Estado. La positiva cree que el Estado es, sino el máximo bien, una institución favorable al desarrollo de las facultades humanas, al progreso civil, al desarrollo gradual de las instituciones estatales (*in primis*), del monopolio de la fuerza si bien controlado por organismos democráticos, hasta la formación del Estado universal[17].

Esta corresponde a una concepción negativa del no Estado y tiene dos tipos: la del Estado *ferino* de una condición que se prolonga en el estado salvaje de los pueblos primitivos, y la del Estado de anarquía, entendida hobbesianamente como guerra de todos contra todos. Para la primera, el no Estado es una fase superable de la historia humana; para la segunda, es una condición en la que el hombre puede (re)caer, como de hecho sucede cuando estalla la guerra civil[18].

Si se admite al Estado como un mal, pero necesario, ninguna de las doctrinas referidas desemboca en la idea de la terminación del Estado; es mejor el Estado que la anarquía. Y cuando la sociedad civil, bajo la forma de la sociedad de libre mercado muestra la pretensión de restringir los poderes del Estado al mínimo indispensable, el Estado como mal necesario asume la figura del Estado mínimo, que es una variante de la teoría de la clausura del Estado.

También está de por medio la teoría marxista del Estado y que lo asume como un mal no necesario, es decir, plantea una sociedad sin Estado. Porque conforme a Engels: el Estado nació de la división de la sociedad en clases contrapuestas como consecuencia de la división del trabajo, con el objeto de permitir

---

[17] La concepción positiva del Estado viene desde la tradición del *bonum vivere* de Aristóteles, retomado por la filosofía escolástica (segunda mitad del siglo XIII) y que culmina con la concepción racional del Estado que va de Hobbes, pasando por Spinoza y Rousseau, hasta Hegel: y racional, porque está determinada por la idea de que fuera del Estado subsiste el mundo de las pasiones desenfrenadas o de los intereses antagonistas e inconciliables, y que el hombre puede realizar su vida de ser racional únicamente bajo la protección del Estado. Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad. Por una teoría general de la política*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 178.

[18] Ibíd., pp. 177-178.

el dominio de la clase que está arriba sobre la clase que está abajo. En consecuencia, para que aquello no continúe, se asumía que, después de la conquista del poder por parte de la clase trabajadora, caería la sociedad dividida en clases.

> Con la desaparición de las clases desaparecerá inevitablemente el Estado. La sociedad, reorganizando de un modo nuevo la producción sobre la base de una asociación libre de productores iguales, enviará toda la máquina del Estado al lugar que entonces le ha de corresponder: al museo de antigüedades, junto a la rueca y al hacha de bronce[19].

La crisis referida actualmente tiene relación con la crisis de la democracia, y hay teorías según las cuales la democracia perfecta no es factible, es un ideal-límite, precisamente porque su creador, el hombre racional, es un ideal-límite y este, por sí mismo, por definición, es inalcanzable, al igual que la meta en su plenitud. Sin embargo, el fundamento ético de la democracia es el reconocimiento de la autonomía del individuo, de todos los individuos, sin distinción de razas, de sexo, de religión, etcétera. En este presupuesto reside la fuerza moral de la democracia, lo que hace idealmente a la democracia la forma más alta, humanamente más alta de convivencia[20].

Se infiere que la realidad debe conformarse con ser una aproximación a ese ideal. Lo que existe es la democracia real y al conferírsele en el decurso de la historia contenidos específicos ha dado lugar a que Bobero cuestione la democracia adjetivada: formal, representativa, liberal, directa, participativa, restringida, popular, socialista, integral, inconclusa, poliárquica, delegativa, sustancial o pluralista. Y enfatiza Bobero: "La democracia es una, sin adjetivaciones"[21].

El término "democracia" sin epítetos, desde la época clásica hasta la actualidad y con matices, ha sido utilizado para designar una forma de gobierno en la cual el pueblo ejerce el poder político a través de sus representantes, y ello no puede ser comprendido en su naturaleza específica, sino en relación con otros conceptos del sistema socio-económico-político, que delimitan su

---

[19] Engels, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 317.

[20] Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político.* Fondo de Cultura Económica, México, pp. 455.458.

[21] Bobero, M., *Una gramática de la democracia*, Trotta, Madrid, 2002, p. 37.

extensión y a la vez delimita el de aquellos. Los usos que se le asignan son tres: descriptivo (o sistemático), prescriptivo (o axiológico) e histórico.

Tabla 1. Usos de la democracia

Uso descriptivo (o sistemático)	La teoría de las formas de gobierno se resuelve en la clasificación y en la tipología de las formas de gobierno que históricamente han existido.
Uso prescriptivo o axiológico	La teoría de las formas de gobierno implica una serie de juicios de valor con base en los cuales las constituciones son alineadas y dispuestas de acuerdo a un orden de preferencia, según si una es juzgada buena, otra mala, una óptima u otra pésima, etc.
Uso histórico	Una teoría de las formas de gobierno cuando se sirve de ella no solo para clasificar las constituciones o recomendar una en lugar de otra, sino también para describir los diversos momentos sucesivos del desarrollo histórico considerado como un paso obligado de una forma a otra.

Fuente: adaptación propia con base en Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, cit., pp. 188 y ss.

El debate gira en torno a los caracteres, ventajas y defectos de la democracia y el discurso sobre ella determina sus relaciones con otras formas de gobierno. En tal sentido, si la democracia es parte de un sistema amplio de conceptos, el presente análisis se restringe a los diferentes usos, en los cuales la teoría de las formas de gobierno ha sido utilizada, por ejemplo: al referir la democracia viene a la memoria la imagen de largas columnas de personas aguardando su turno para votar, porque se la asocia con el sufragio y pensando que el hecho más relevante de la democracia es el voto, no para decidir, sino para elegir a quien deberá decidir[22].

De lo expuesto se sigue que la crisis de la democracia implica que esta no responde a los parámetros de la democracia participativa, y amerita ser analizada en términos interdisciplinarios, desde la historia, la economía, la política, el derecho, la sociología, la administración pública, etc., en función de su perfeccionamiento.

En este entorno de crisis del régimen político se inscribe el fracaso del "modelo estatista de desarrollo" de la década de 1970 e inicio de la década de 1980, y lo enfatizan grupos corporativos enquistados en las democracias formales que son funcionales a la racionalidad del mercado, y creadas para que las élites

[22] Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011, pp. 165 y ss.

políticas lleguen al gobierno con cierta legitimidad, se asocien y articulen a la red corporativa y sus intereses económicos formando verdaderas oligarquías[23].

El sistema corporativo es jerárquico —restringe el derecho de decisión a las élites técnicas (tecnocracia) o políticas—, es orgánico, opera con espíritu de cuerpo proporcionando la solidaridad interna y la defensa de los intereses de grupo por encima de la voluntad de la mayoría[24]. Este modelo concibe al conflicto como perjudicial y tiende al monopolio antes que a la competencia. "La élite económica y financiera penetra en la jurisdicción y en la autoridad del Estado. Gracias a ello y a su alianza con las élites políticas controla los mecanismos de decisión, para imponer la apertura tanto del Estado como de la nación, dejándolos indefensos"[25].

1.1.1. Gobernabilidad democrática

Por limitaciones del presente texto, se caracteriza a la gobernabilidad democrática en términos acotados: el concepto gobernabilidad se ubica inicialmente en el "Informe de la Comisión Trilateral" elaborado por Crozier, Hungtinton y Watanuki, quienes plantean la necesidad de superar el desajuste entre unas demandas sociales en expansión, y la crisis financiera y de eficiencia del sector público que caracterizó la década de la década de 1970[26].

El Informe de la Comisión Trilateral pretendía dejar patentes los desafíos de las instituciones públicas, ante la cada vez más evidente crisis del Estado del bienestar, y coincidió con la crisis fiscal de los Estados y el surgimiento de una nueva forma de comprender la economía y la política. Esta se tradujo en un giro de la política económica hacia formas más reguladoras de intervención pública en la economía. Lo importante es que en esta *primera corriente* se entendió por gobernabilidad la distancia entre las demandas sociales y la habilidad de las instituciones públicas para satisfacerlas. La gobernabilidad se definía en sentido

---

[23] Calveiro, P., *Violencias de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2012, pp. 57-58.

[24] Ibíd., 58.

[25] Ibíd., 57.

[26] Crozier, J., Huntington, S. y Watanuki, J., *The Crisis of Democracy. Report on the Governability of democracies to the Trilateral Commission*, New York University Press, 1975.

amplio, como la capacidad de las instituciones públicas de hacer frente a los desafíos que confronta, sean estos retos u oportunidades[27].

Una *segunda corriente* asume que el término gobernabilidad surge para designar la consolidación de las democracias en transición (Guillermo O'Donnell, 1979; Adam Przeworski, 1988) y se daba en "aquel Estado de un país que, por un lado, evitaba la regresión autoritaria y, por otro, permitía avanzar, expandir y aprovechar las oportunidades sociales, económicas y políticas. Así pues, implícito a la gobernabilidad estaba la mejora del desempeño económico-social reforzado y generador de la mejora de lo político"[28].

En estos análisis se observa que existe gobernabilidad cuando se evita la autocracia, y, además, cuando se expanden los derechos y oportunidades de las personas. Esta doble dimensión del concepto tiene relación a la doble vertiente del concepto gobernabilidad, como *ausencia de ingobernabilidad o estabilidad política, o gobernabilidad* para realizar políticas que satisfagan las necesidades de la ciudadanía[29].

Una *tercera corriente* que ha contribuido a la amplitud y confusión del concepto *gobernabilidad* es la de las agencias internacionales, usado como sinónimo de *governance*, o gobernanza, traducción propuesta y aceptada por la Unión Europea y la Real Academia de la Lengua Española. La utilización más explícita ha sido la del Banco Mundial y la del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) para referirse a:

- El proceso y las reglas mediante los cuales los gobiernos son elegidos, mantenidos, responsabilizados y reemplazados;
- La capacidad de los gobiernos para gestionar los recursos de manera eficiente y formular, implementar y reforzar políticas y regulaciones, y;
- El respeto de los ciudadanos y del Estado a las instituciones que gobiernan las interacciones socioeconómicas entre ellos[30].

---

[27] Oriol Prats, J. "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", Revista Instituciones y Desarrollo, vol. 14-nún. 15 (2003), pp. 239-269. Institut Internacional de Governabilitat de Catalunya, Còrsega 255, 5º 1ª 08036 Barcelona, España. http://www.iigov.org https://www.ses.unam.mx/docencia/2007II/Lecturas/Mod3_Oriol.pdf. (consultado el 30 de marzo de 2020).

[28] Ibíd., p. 241.

[29] Ibíd.

[30] Kauffman, Kraay y Labatón, 2000, citados en Prats, J., "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", cit.

La *cuarta corriente* clave sobre el estudio de la gobernabilidad surge a raíz del análisis del proceso de construcción europea. Durante la década de 1990 apareció una literatura que trataba de explicar a partir del concepto de *governance* (o gobernanza) la gobernabilidad de la Unión Europea como estructura de toma de decisiones a través de redes multinivel de actores gubernamentales y no gubernamentales. Autoras como Renata Mayntz[31] y otras aportan una nueva forma de comprender la gobernabilidad y la gobernanza.

También se asume la gobernabilidad como la posibilidad o facilidad de un colectivo para ser gobernado: pero el logro de objetivos de gobierno va más allá de lo que efectivamente pueda hacer el propio gobierno e incluso del conocimiento y legitimidad que tenga. Las sociedades son más complejas, con muchos espacios de autonomía y con distintas capacidades de gestión e innovación, etc. y demandan:

i) Una nueva conceptualización de la legitimidad de las instituciones políticas fundamentada en la eficiencia de un gobierno sobre todo para el pueblo más que por o desde el pueblo, y;
ii) Una nueva forma de entender las políticas públicas en clave multinivel y de red, donde la formulación y la implementación se producen en arenas y niveles políticos diferentes por actores con distintas capacidades y preferencias[32].

Kooiman conjetura que la gobernabilidad es la capacidad de un sistema sociopolítico para gobernarse a sí mismo, en el contexto de otros sistemas más amplios de los que forma parte[33]. Desde este enfoque, la gobernabilidad se derivaría del alineamiento efectivo entre las necesidades y las capacidades de un sistema sociopolítico, es decir, de sus capacidades para autorreforzarse.

La gobernabilidad parecía haberse convertido en la última muletilla de la ciencia social, y, hasta cierto punto, todo parecía ser un problema de gobernabilidad, lo que hizo que su utilidad disminuyera para el analista, convirtiéndose

---

[31] Mayntz, R., "Nuevos desafíos en la teoría de la gobernanza", en Cerrillo i Martínez, Agustí (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 2005, pp. 83-98.

[32] Prats, J., "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", cit., p. 241.

[33] Kooiman, J., "Governing as Governance", ponencia presentada en la Conferencia Internacional Gobernanza, Democracia y Bienestar Social, organizada en Barcelona en noviembre de 2003, Institut Internacional de Goibernabilitat de Catalunya, Catalunya, 2003.

en un cajón de sastre de límites vagos donde todo cabe y es difícil decir qué se queda fuera.

Del análisis de Prats se distinguen cuatro grandes raíces que forjan el concepto de gobernabilidad, a saber: i) los trabajos encargados por la Comisión Trilateral desde la década de 1970; ii) la aplicación del concepto al entendimiento de los procesos de transición a la democracia; iii) su uso por los organismos internacionales; y iv) su utilización en la explicación de la construcción europea.

Con el institucionalismo cobra más sentido la distinción entre gobernabilidad y gobernanza, en tanto la primera pasa a ser la capacidad conferida por la segunda. Si entendemos por gobernanza la interacción entre actores estratégicos causada por la arquitectura institucional, entonces la gobernabilidad debe entenderse como la capacidad que dicha interacción proporciona al sistema sociopolítico para reforzarse a sí mismo; es decir, para transformar sus necesidades o preferencias en políticas efectivas[34].

Este refuerzo, a su vez, puede ser positivo o negativo, y, según como el sistema transforme las necesidades ciudadanas en políticas públicas de forma más o menos acertada y oportuna, dependerá de que dicha transformación se adapte a unas normas más o menos democráticas. De esta forma, la gobernabilidad responde a un equilibrio, no siempre rígido, sino cambiante, donde los actores pueden alterar las reglas del juego a través de su interacción estratégica, aunque dicho cambio no está ausente de problemas[35]. Se la refiere además como la capacidad del sistema político para ejecutar políticas públicas que coadyuvan a realizar planes, programas o proyectos dirigidos a satisfacer necesidades sociales, asegurar eficazmente la estabilidad del orden político democrático, y en términos de transparencia y rendición de cuentas[36].

---

[34] Oriol Prats, J., "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", cit., pp. 245-246.

[35] Ibíd., p. 246.

[36] Sobre rendición de cuentas, véase Schelder, A., *¿Qué es la rendición de cuentas?*, Instituto Federal de Acceso a la Información Pública (IFAI), México, 2004.

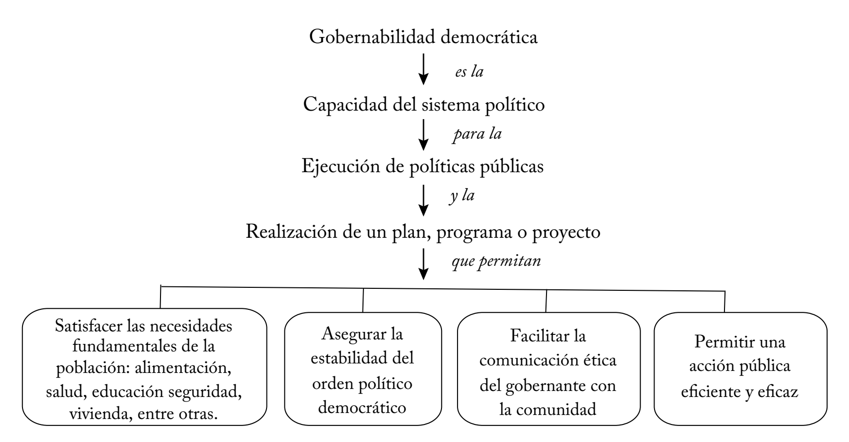


Figura 1. Gobernabilidad democrática

Fuente: adaptación propia con base en Camou, A., *Los desafíos de la gobernabilidad*, Flacso-Plaza y Valdés, México, 2001; y Roa, H., *La gobernabilidad, hoy. Aportes a un debate*, cit., p. 44.

De lo expuesto se colige que la gobernabilidad democrática es un término *gubernamentalista*, en el sentido de que considera al Estado como el agente central de la conducción de la sociedad; así su preocupación se centra en "la capacidad de gobernar del gobierno", contemplando a la sociedad como la entidad a ser gobernada y administrada. Desde la perspectiva de la gobernabilidad, el problema y su solución emanan de las capacidades del gobierno, con cierta independencia de la sociedad.

Este concepto hace énfasis en la legitimidad y eficacia que implica el ejercicio de la función pública, sin embargo, y desde esta perspectiva, el Estado es el principal actor en la conducción social, y por la importancia de dos elementos, la legitimidad y la eficacia, el tema puede generar debate entre dos extremos: gobernabilidad autoritaria y gobernabilidad democrática. La gobernabilidad autoritaria es eficiente porque no le interesa alcanzar acuerdos entre los actores políticos, sino lograr resultados; por su parte, la gobernabilidad democrática se complica debido a que promueve la participación de diversos actores.

En cierta medida, ocasionalmente la democracia (sociedad) se torna ingobernable; entonces la gobernabilidad democrática demanda un mayor grado de consenso social y legitimidad, y en tal sentido es un concepto cercano a la gobernanza sociopolítica planteada por Kooiman[37].

---

[37] Kooiman, J. et al. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, Amsterdam University Press, Ámsterdam, 2005.

Tanto la gobernabilidad[38] como la gobernanza son conceptos articulados a la dirección o gestión de la sociedad, y ello torna evidente la existencia de importantes matices que corresponde elucidarlos: en lo político, implica tener, además de legitimidad, capacidad para mantener la estabilidad política, lograr acuerdos e impulsar la agenda prevista, implementar las políticas acordadas, comunicarlas, rendir cuentas, observar y hacer observar el Estado de derecho y garantizar la seguridad; en lo económico, implica tener capacidad para generar crecimiento y riqueza, brindar los servicios mínimos a la población, recaudar los ingresos necesarios, generar las condiciones para generar empleos remunerados adecuadamente, mantener la estabilidad macroeconómica y promover la competitividad.

1.2. La reforma estructural y gobernabilidad

Los cambios y transformaciones provocados por la globalización neoliberal y respaldados por los organismos multilaterales (BM, FMI, BID) han incidido en los gobiernos para emprender reformas estructurales y adoptar programas estatales acordes a sus designios. Las directrices principales emergen del Informe de la Comisión Trilateral de 1973, y se innovan en el Consenso de Washington de 1986.

Entre otras directrices, constan: el cambio normativo e institucional; la reducción de la intervención del Estado para favorecer las operaciones de las fuerzas del mercado; la reestructuración institucional pública estatal para definir y ejecutar políticas en áreas estratégicas no transferibles al sector privado, las cuales ocupan un primer plano de la agenda política y de las negociaciones entre gobiernos, organismos multilaterales de crédito y capital transnacional.

Como se puede apreciar, el denominador común ha sido la transformación del rol del Estado en función de redefinir sus tareas fundamentales. Este suceso respondió y responde a cuestionamientos como los siguientes: ¿qué debe y qué no debe hacer el Estado? ¿Qué modelo administrativo debe regir el sector público? Concretamente, un número importante de Estados ha enfrentado interna y externamente serios avatares tratando de mantener una cierta racionalidad económica, social y política en función de la paz, de la seguridad y del "desarrollo sostenible", sin alterar el estatus político del Estado de derecho.

---

[38] Los paradigmas de gobernabilidad son "el conjunto de respuestas institucionalizadas (ideas, valores, normas, prácticas) que una comunidad política sustenta en pos de resolver (y aceptar) ciertas soluciones a sus problemas de gobierno". Camou, A., *Los desafíos de la gobernabilidad*, cit., p. 11.

De lo expuesto se sigue que la aplicación de las políticas de estabilización y las reformas estructurales posteriores, adoptadas en la mayoría de los países latinoamericanos a mediados de la década de 1980, responden a la crisis del modelo de industrialización imperante y a la crisis de la deuda externa de inicios de tal década. Por lo tanto, la crisis latinoamericana no fue solo una crisis financiera, sino del propio modelo de acumulación. En la tabla 2, se exponen los elementos más visibles de la reforma.

Tabla 2. Reforma de primera generación

Objetivos	Administración de la crisis para reducir la inflación, el desequilibrio interno y externo, y restaurar el crecimiento.
Contenidos	Corte drástico del presupuesto, reformas impositivas, liberalización de precios, del comercio, de las inversiones, desregulación. Mejoramiento de las capacidades administrativas de las instituciones financieras (aduanas, impuestos internos, tesorerías, etc.). Agencias autónomas para contratos y privatización con fines fiscales.
Actores	Presidencia, ministerios de Economía y Finanzas, Banco Central, instituciones financieras multilaterales, grupos financieros privados, inversores en valores extranjeros.
Desafíos	Administración macroeconómica, dirigida por una élite tecnocrática.

Fuente: adaptación propia con base en Talavera, P. y Armijo, M., *Instituciones y desarrollo: reformas de segunda generación en América Latina*, Apuntes del Cenes, España, 2007, p. 13.

En otro momento, se cuestiona la crisis mayormente visible en la década de 1990 y que subsume prácticamente a toda Suramérica, obligada a emprender las reformas del Estado y el modelo de desarrollo neoliberal. En tal contexto, países andino-amazónicos como Ecuador y Bolivia adhieren el formato industrializador Estado-céntrico, orientado al mercado interno; y exportador, mercado-céntrico, integrado a los mercados internacionales. La tesis neoliberal es que la solución de cualquier problema radica en las fuerzas del mercado libre y en la reducción del Estado, sin los cuales no sería posible la “estabilidad política y el éxito económico”[39].

En estos países son evidentes similitudes y contrastes que explican las diversas trayectorias en términos del patrón de reforma, y permiten entender los contextos en los que se cumple cada caso, generando hipótesis, teorías y

[39] Alegre, P., “Matrices sociopolíticas y patrones de reforma en el Cono Sur. Entre la ruta populista y la autoritaria. El caso uruguayo en perspectiva comparada”, *Revista de Ciencia Política*, vol. 27, n.º 2 (2007), pp. 89-108, p. 90.

nueva información que instan a observar cómo las configuraciones sociopolíticas modifican el patrón de reforma del modelo de desarrollo[40].

Las condiciones históricas de los países latinoamericanos son específicas de cada uno y generadas por élites que abogan por una modernización del Estado, a partir de reformas que agiliten la apertura económica, el equilibrio fiscal y una arquitectura institucional y normativa que coadyuve a legitimar programas de política pública acorde a las exigencias de la globalización[41]. En tales condiciones, le quitan al Estado buena parte de sus potestades, y este solo interviene de forma marginal en las políticas sociales de distribución:

> Por ejemplo: tras la amplia privatización de las empresas estatales, el Estado pierde la posibilidad de otorgar prebendas y lucrativos encargos para mantener contentos a sus partidarios y acallar potenciales adversarios, se ve reducido a sus clásicas funciones fundamentales: el mantenimiento de la seguridad y orden público, la provisión de servicios básicos de salud, educación e infraestructura vial. *Y nadie puede ignorar cuan eficientes son los órganos estatales justamente en este ámbito esencial de atribuciones supremas*[42].

A inicio del año 1986 tienen lugar en América Latina las reformas neoliberales de segunda generación[43], estas producen cambios que priorizan la

[40] Ibíd.

[41] Sassen, S., "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas", en Teubner, Gunther, Sassen, Saskia y Krasner, Stephen, Estudio preliminar de Laura Saldivia, *Estado, soberanía y globalización*, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2010, pp. 103-137.

[42] Waldmann, P., *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, cit., 12.

[43] En general se usa el término "reformas de segunda generación" para referir a aquellas implementadas con posterioridad a la primera ola, o reformas estructurales como la liberalización del sistema financiero, los procesos de privatización de las empresas públicas, la apertura comercial y la desregulación de controles. Conforme a Ozlak, "en esta 2.da generación se prevé: la reforma de la legislación y prácticas laborales; del servicio civil; reestructuración ministerial en lo atinente a lo social; renovación del sistema judicial; actualización de capacidades regulatorias; conversión y reestructuración sectorial; privatizaciones de áreas estratégicas; desarrollo de la capacidad de promoción de exportaciones; y la reestructuración de relaciones con otros actores". Ozlak, O., "De menor a mejor. El desafío de la segunda reforma del Estado", *Revista Nueva Sociedad*, n.º 160 (marzo-abril de 1999), pp. 82-101.

protección de derechos de la propiedad y del gran capital interno y transnacional, y están dirigidas a propiciar condiciones institucionales estables para alcanzar un crecimiento económico continuo. Pero, a diferencia de las reformas de primera generación, las de la segunda generación o del Consenso de Washington apuntan a objetivos que tiendan (desde sus perspectivas) a mejorar las condiciones sociales.

Tabla 3. Sinopsis de políticas del Consenso de Washington aplicadas

Política del (CW) 1986	Respuesta al problema de:
1. Disciplina fiscal.	Crisis por la deuda e inflación.
2. Liberalización de las tasas de interés.	Pérdida de bienestar asociada con el racionamiento por parte del gobierno, de capital nacional e internacional.
3. Liberalización de los tipos de cambio.	
4. Reordenamiento de las prioridades del gasto público del consumo público y de la inversión pública.	Descuido del capital humano y sobreestima de la industrialización dirigida por el Estado.
5. Reformas impositivas con menores tasas impositivas marginales.	Evasión impositiva.
6. Liberalización del comercio.	Escasa exposición a nuevas ideas y negligencia organizacional en las industrias protegidas.
7. Liberalización de la cuenta de capital.	Acceso limitado a ahorros extranjeros.
8. Privatización.	Ineficiencia asociada con industrias operadas por el Estado (petróleo, minería, electricidad, telefonía).
9. Desregulación de mercados laborales.	Falta de amplias oportunidades económicas.
10. Derechos de propiedad.	Sectores informales.

Fuente: elaboración propia con base en Martínez, R. y Soto, E., *El Consenso de Washington*, UNAM, Xochimilco, México, 2012.

Al margen de la estrategia de los organismos multilaterales, la crisis del Estado se agudiza debido a sus condiciones anacrónicas, a un sistema legal e institucional inconsistente para dirigir de manera efectiva la conducta de los actores privados y públicos. Más aún, cuando la reforma pertinente ha estado dirigida a desarticular la insuficiente normativa social desarrollada, por ejemplo: al normativizar los preceptos neoliberales, como sucedió en Ecuador a partir de la constitucionalización del sistema de economía social de mercado, estipulada en el art. 244 de la Constitución ecuatoriana de 1998; y en Bolivia el Decreto Supremo 21060 del año 1985 establece los mecanismos para iniciar el período de transición económica a la capitalización. A esta época, en América Latina se profundiza la economía de mercado y se asume la flexibi-

lización laboral que precariza aún más las relaciones laborales, y se ejecutan indistintamente las reformas política, electoral, judicial, administrativa, fiscal, laboral, agraria, social y sobre de derechos humanos; reformas de las que posteriormente nadie rinde cuentas.

1.3. El Estado constitucional de derechos

El Estado constitucional de derecho es una respuesta a la inviabilidad histórica del Estado de derecho, a la menesterosidad constitucional que ha sufrido el continente latinoamericano y que se proyectaba en la menesterosidad social y degradación ambiental. Durante cerca de doscientos años, el Estado de derecho ha operado más como gendarme e instrumento propietarista, es decir; siglos de "Estado de derecho" disminuido a modo de liberalismo constitucional censitario y, en las últimas décadas, con un constitucionalismo excepcionalista liberal. Estado excluyente y oligarquizado en el que apenas se han podido deficitariamente aplicar las dos primeras generaciones de los derechos civiles y políticos y los DESC.

De ahí se desprende que no es casualidad el advenimiento del nuevo constitucionalismo social latinoamericano, plasmado en una base exhaustiva de derechos fundamentales (individuales y colectivos) y derechos de la naturaleza. El neoconstitucionalismo es producto de una crisis aguda del Estado de derecho y de su modelo político y jurídico-institucional de signo neoliberal, cuya hipótesis constitucional radica en que la solución a todos los males endémicos del Estado es su absoluta desustancialización social y pública. Desustancialización que demostró lo contrario, por cuanto las prácticas neoliberales sin un Estado mínimo condujeron a una mayor ineficacia del Estado y a un mayor colapso económico, social y ambiental.

A partir del año 1990 empieza a convalecer el destruido tejido social y a finales de la década es visible el reacomodo ideológico y político-estratégico de los movimientos sociales, proceso que no está protagonizado por estructuras partidistas o grupos revolucionarios, sino por un vasto universo de organizaciones sociales urbano-rurales, pueblos indígenas, etc. El objeto principal de su agenda está centrado en el fortalecimiento constitucional de los DESC, en cuanto elementos fundamentales para la concreción de los derechos civiles y políticos y para la constitucionalización de los derechos colectivos, difusos y ambientales, a sabiendas de que dichos derechos son nominales hasta que la reforma del Estado y la nueva arquitectura constitucional, en el caso de Brasil

(1988), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009), les da una progresiva normatividad sustantiva, que en la realidad sigue siendo deficitaria.

No está por demás hacer mención de que el nuevo constitucionalismo social latinoamericano no excluye los postulados jurídico-programáticos de la comunidad internacional, tales como el Protocolo de San Salvador; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Carta Andina para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos; la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena[44] y la Carta de los Derechos de los Pueblos Indígenas[45]. Todos estos instrumentos establecen la indivisibilidad e integridad de los derechos humanos y fundamentales en cuanto son las condiciones necesarias para contrarrestar las iniquidades neoliberales tendientes a convertir a las sociedades en desvertebradas y miserables.

La Constitución ecuatoriana del 2008 asume el sentido del paradigma neoconstitucional, es garantista e incorpora los derechos de la naturaleza, el *sumak kawsay* (buen vivir) y profundiza los derechos fundamentales y la norma de reconocimiento es la Constitución. Estas nuevas ideas prácticamente desgajan la estructura positivista-formalista del Estado legislativo que gravita en torno a la idea de imperio de la ley hasta octubre del 2008, y el Estado constitucional vigente a partir de entonces, en relación con el carácter normativo de la Constitución, la entiende como "norma jurídica" o fuente principal del derecho y los derechos. La Constitución es norma que contiene normas de aplicación directa e inmediata por parte de los jueces y demás operadores jurídicos competentes[46].

1.3.1. El Estado en acción

El abordaje de este subtema se relaciona con la evolución del Estado, con sus principales características y funciones legitimadoras, asumiendo como referente la crisis de la que ha sido objeto históricamente, y su adaptación a los complejos procesos científico-tecnológicos y económicos globales en un

---

[44] Organización de las Naciones Unidas, "Declaración y Programa de Acción de Viena", Aprobados por la Conferencia Mundial de Derechos Humanos el 25 de junio de 1993, Viena, 1993.

[45] Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Washington, 2007.

[46] Narváez, I., "Amazonía: cambio de la comprensión de la territorialidad al interior del territorio waorani", *Eutopía Revista de Desarrollo Económico Social*, n.º 12 (diciembre de 2017), pp. 41-63; y Ávila, R., *El neoconstitucionalismo andino*, cit.

entorno de crisis civilizatoria o crisis del conocimiento[47] y de los denominados problemas ambientales globales (contaminación, desertización, pérdida de la diversidad biológica, acumulación de gases de efecto invernadero y adelgazamiento de la capa de ozono), que en conjunto perjudican la condición *negentrópica* de aquel, acelerando el cambio climático global.

El análisis tiene lugar a partir del enfoque institucionalista centrado en actores, por tanto, aborda la interacción entre Estado, la sociedad, las instituciones y permite entender el proceso que da lugar a las políticas públicas[48].

Conforme a Benz, el Estado es un sistema de normas y reglas que existen independientemente de las personas; y reconoce la relación entre Estado y sociedad a partir de la interacción entre los actores del Estado y en el Estado. El concepto de actores se define en función de las acciones que realizan en un contexto específico y como parte de una institución que interviene en la acción pública. Se definen en tanto participan en los procesos de decisión y de formación de la voluntad en el Estado. Los actores en el Estado no son necesariamente individuos, sino también colectivos que forman una unidad con capacidad de actuar. Las actuaciones colectivas pueden ser la suma de actuaciones individuales, pero pueden ser independientes de estas[49].

1.3.2. Comportamiento y rol de los actores (ciudadanos)

Los roles del ciudadano derivan de un concepto de Estado, y, por otra parte, de un concepto de sociedad. Las respectivas estructuras institucionales del Estado modelan a los ciudadanos, que resultan socializados en ellas. Los ciudadanos pueden mantener una relación de cooperación con el Estado, o en calidad de destinatarios sometidos a sus mandatos y prohibiciones. Ello dependerá de la orientación de sus intereses o bien individuales (clientes) o colectivos (coproductores), lo cual se traduce en papel y pautas de acción: *homo economicus* y *homo politicus*. Los ciudadanos también participan en la organización de las prestaciones estatales en calidad de coproductores. Los ciudadanos participan en los procesos políticos y se ven afectados por las decisiones estatales.

[47] Marcuse, H., *La sociedad opresora: industrialización y capitalismo*, cit.

[48] Benz, A., *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, 2010.

[49] Los actores colectivos son organizaciones del Estado, gobiernos y administraciones, los partidos políticos, las asociaciones, el Estado como actor corporativo en las relaciones internacionales, las empresas, entre otros.

En la relación entre ciudadanos y Estado los individuos autónomos solo ceden en el contrato, con el que constituyen el Estado, con las competencias del poder estatal estrictamente necesarias para la regulación de conflictos. Cuando los ciudadanos aceptan las decisiones del Estado es porque las valoran como una forma de contribuir al bien común, apoyada en una conciencia colectiva de los miembros de una unidad política.

La identificación del ciudadano con el Estado democrático y su compromiso en los procesos políticos es producto de su vinculación con un ordenamiento institucional específico, sustentado en las normas aceptadas y basadas en un consenso constitucional juridizado.

El papel de los actores denominados empleados públicos o titulares de cargos públicos, son personas que desempeñan funciones dotadas de potestades de gobierno dentro de la organización del Estado. Los funcionarios públicos como representantes de las instituciones estatales tienen competencias en determinados ámbitos de tareas. Dichos cargos públicos corresponden a dos categorías: los elegidos directa o indirectamente por el pueblo (políticos), y los designados como funcionarios (empleados). La diferencia entre ellos radica en sus intereses y en la orientación de sus acciones[50].

Los actores políticos tienen aspiración al poder, a objetivos de política pública y son los políticos de partido, y los empresarios políticos. Los funcionarios (empleados) ejercen sus cargos o funciones de servicio, bien en la preparación de planes, programas y en su ejecución. Pero hay una tipología que puede ser desarrollada exhaustivamente.

1.3.3. Comportamiento y rol de los actores (colectivos)

Como ya se ha expresado, el Estado u orden de dominación de la sociedad moderna es una corporación compleja en la que concurren organizaciones y otro tipo de actores colectivos, los cuales los determina la política (diputado-grupos parlamentarios) (Estado-organizaciones internacionales).

El comportamiento-funcionamiento del Estado implica a:

i) Organizaciones del Estado. Comprende la jefatura del Estado, las autoridades administrativas, el parlamento y los tribunales. En el

[50] Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Parlamento tienen lugar la negociación, la deliberación y la confrontación, dependiendo de los estilos de política.

ii) Partidos políticos. Grupos organizados que aspiran al poder del Estado. Movilizan la participación en los procesos políticos y existe una tipología en función de sus pretensiones en la política: orientación ideológica, orientación de masas, orientación clientelista. Estilo de política: confrontación.

iii) Las asociaciones. Organizaciones representativas de intereses sociales, o bien como organizaciones intermediarias de mediación de intereses entre la sociedad y el Estado (mediación y resolución de intereses de conflictos y cooperación con el Estado).

iv) El Estado. Actor corporativo responsable de las relaciones internacionales, en las cuales se ponen en juego intereses territoriales y funcionales de empresas multinacionales y de organizaciones internacionales, etc.

1.3.4. Estructuras de interacción y mecanismos de adopción de decisiones

Las estructuras de funcionamiento del Estado son más complicadas, especialmente en las relaciones con los actores. Ello implica comprender que la actividad del Estado demanda de estructuras de interacción que se forman alrededor de las instituciones. De ahí la emergencia de analizar la relación entre actores y el Estado en acción, dicha relación se muestra como una unidad a manera de institución, pero no en el sentido operativo.

Reconociendo que los actores sociales que intervienen en la actividad estatal se ven sometidos al orden institucional en el que operan, de ello sigue que las interacciones son regidas por las instituciones y condicionadas por los objetivos, intereses y orientaciones de la acción de los actores. Estos procesos ponen en juego la regulación de conflictos.

De lo anterior se colige la importancia de la "gobernanza" vinculándola a las negociaciones y redes entre el Estado y los particulares. En esta perspectiva, los sistemas de negociación, deliberación y toma de decisiones importantes a través de redes (ejecutivo: negociación) y en asambleas (parlamento: debate) son muy relevantes; así como las relaciones de competencia (interacciones económicas), la jerarquía en la implantación de decisiones (órganos administrativos); y las formas mixtas. Finalmente, la competencia y la negociación en

el campo parlamentario implica negociaciones "con la jerarquía al acecho" y más aún en la Administración Pública, que correlaciona jerarquía, cooperación y coordinación[51].

1.3.5. Transformación de las actividades del Estado (Nuevas tareas y modo de desempeño)

Conforme avanza la modernización estatal, tienen lugar nuevos procesos, entre otros:

- Internacionalización de las tareas estatales (mercado, paz, problemas sociales, etc.).
- Desregulación, nueva regulación y actividad estatal cooperativa (afecta la eficacia de las acciones generando cambios en la modalidad de dirección estatal e innovaciones técnicas. La aplicación del derecho en regulaciones, cooperación público-privada.
- Capacidad de dirección política por parte del Estado cooperativo (los actores influyentes afectados toman parte).

También tienen lugar nuevas estructuras de actores e interacción:

- Transformaciones de las relaciones entre ciudadanos y Estado (participación de operadores privados en la administración pública).
- Los gobiernos y las administraciones como actores impulsores de la internacionalización para vincularse a organismos y suscribiendo tratados internacionales, posicionándose ante los actores internos del Estado.
- Los partidos políticos y las asociaciones civiles en el proceso de internacionalización.
- Los actores transnacionales.
- Nuevas estructuras de interacción en el multinivel.

Y nuevas formas de dominación (Estado multinivel):

- Como consecuencia de la transformación interna del Estado, han surgido formas autónomas de ejercicio de poder de organizaciones

[51] Benz, A., *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, cit.

y regímenes internacionales. Tal es el caso de la Unión Europea o sistema político transnacional, multinivel con estrecha interconexión entre administraciones nacionales o subnacionales europeas.

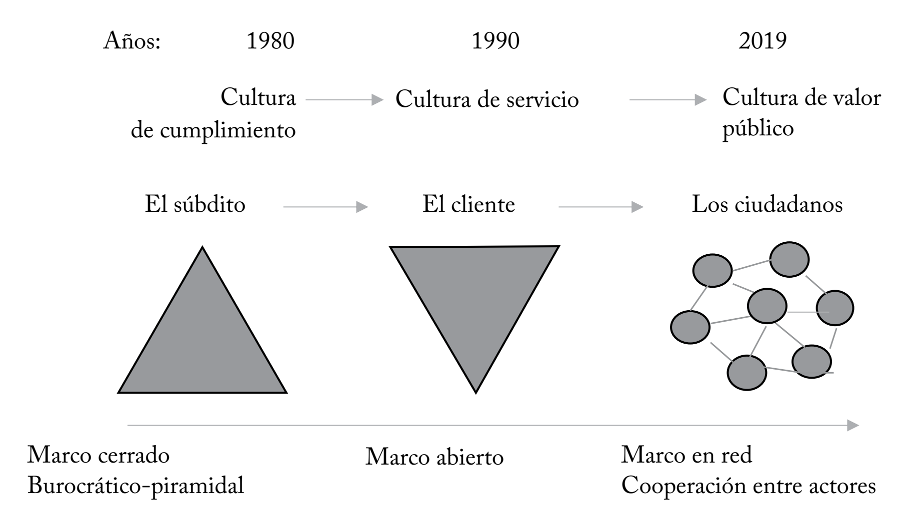


Figura 2. ¿Qué ha cambiado? (Años 1980, 1990 y 2019)

Fuente: elaboración propia.

2. La crisis ambiental (crisis de nuestro tiempo)

2.1. Los problemas ambientales globales

Entre otros problemas ambientales globales, se pueden citar el incremento de la contaminación atmosférica, la desertización, la pérdida de la diversidad biológica, el adelgazamiento de la capa de ozono, que en su conjunto coadyuvan al incremento del efecto invernadero, perjudicando la condición negentrópica del planeta, que es la que estimula el calentamiento de la tierra y provoca el cambio climático global, cuya incidencia es negativa y muy grave a nivel local, en los sectores sociales más vulnerables e históricamente víctimas de la injusticia cultural y de la injusticia distributiva[52]. En la tabla 4 constan tres áreas indicativas de afectación.

[52] Fraser, N., "¿De la redistribución al reconocimiento?", en Nancy Fraser, M. A., Carbonero Gamundí y Valdivielso Navarro, J. M. (coords.), *Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización*, Universitat de les Illes Balear, España, 2011, pp. 217-254.

Tabla 4. Principales problemas ambientales

1	La pobreza, causa importante del mayor efecto del deterioro ambiental
2	La erosión y la deforestación, que además se encuentran íntimamente relacionadas
3	La pérdida de la biodiversidad y de los recursos genéticos
4	La desordenada e irracional explotación de los recursos naturales en general
5	La generación y manejo deficiente de desechos, incluyendo los tóxicos y peligrosos
6	El deterioro de las condiciones ambientales urbanas
7	La creciente contaminación del agua, suelo y aire
8	El proceso de desertificación y agravamiento del fenómeno de las sequías
9	El deterioro de las cuencas hidrográficas por deficiencia de manejo
10	Los riesgos, desastres y emergencias naturales y ambientales
11	Los grandes problemas de salud nacional por contaminación y malnutrición
12	Poca planificación ambiental y asignación de recursos económicos para el control y gestión ambiental
Áreas geográficas más afectadas	
1	Los bosques húmedos tropicales y humedales
2	Los ecosistemas de manglares en la Costa
3	Los bosques de las estribaciones exteriores de los Andes
4	La selva amazónica
6	Las regiones insulares
7	Los golfos
8	Las grandes ciudades
9	Las zonas agrícolas con preocupantes procesos erosivos
10	Los sistemas lacustres
11	Los páramos
Actividades productivas con mayor incidencia ambiental	
1	Las actividades hidrocarburíferas (explotación, producción, transporte y refinación)
2	Las actividades mineras (auríferas, de plata, cobre, otros metales y minerales)
3	La pesca a gran escala
4	Las agroindustrias localizadas en medios ecológicamente sensibles (bosque húmedo tropical, zonas costeras y páramos)
5	La producción agrícola que demanda el uso de grandes cantidades de fertilizantes, pesticidas y químicos en general
6	Las industrias generadoras de emisiones contaminantes y de aquellas que generan gases de efecto invernadero aceleran el adelgazamiento de la capa de ozono y coadyuvan al cambio climático
7	El sector de transporte (urbano) de servicio público y privado

Fuente: elaboración propia.

2.2. Procesos extractivos e impactos globales

Los recursos naturales no renovables tienen una importancia económica relevante que sobrepasa su valor de uso, debido a que en la lógica mercantil los recursos son además establecidos como factores de acumulación, y estos se convierten en clave para decidir su explotación. Por ello el valor de cambio se torna predominante y otros aspectos como la racionalidad en su uso, la existencia y generación de recursos energéticos alternativos, los impactos negativos ecológicos y sociales son minimizados y ocupan un segundo plano.

La política petrolera mundial, por ejemplo, abarca situaciones complejas que son resultado de la aplicación de la fuerza y hegemonía militar para el control y manejo del recurso fósil de un Estado frente a otros; situaciones que se generan por el hecho de disponer o no de petróleo, o por ser o no importadores netos. En tales circunstancias, los países que los poseen viven sometidos al ejercicio del poder de la riqueza, y todo ello ha contribuido a la agudización de los denominados problemas ambientales globales inicialmente referidos.

De lo expuesto se desprende que el actual modelo de desarrollo "energívoro" ha privilegiado la lógica y racionalidad de acumulación capitalista, y está directamente relacionado a la crisis socioambiental, que es la crisis de la modernidad[53]. En este sentido, si el progreso fue identificado con el crecimiento, este se ha convertido en condición necesaria para la sobrevivencia del sistema económico, y el cálculo económico en la única forma de organización colectiva en la sociedad capitalista.

2.3. Conflictos socioambientales

La existencia de conflictos socioambientales implica, además, la no aplicación de los diversos mecanismos legales y voluntarios para manejarlos. Estos conflictos son las visiones que los actores tienen respecto a la relación entre la sociedad y el medio ambiente, así como de las consecuencias que generan las actividades industriales, de transporte o agrícolas, extractivas petroleras o mineras, etc., a gran escala, o las de menor escala por fuera de las regulaciones. Frente a ello, la sociedad civil organizada y la participación ciudadana en general conforman la resistencia contrahegemónica que enfrenta la conducta

[53] Touraine, A., *La crisis de la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002; Leff, E., *El saber ambiental*, Siglo XXI Editores, México, 2003; Leff, E., *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, cit.; y Leff, E., *Aventuras de la epistemología ambiental*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

de los factores reales del poder económico, y dan lugar a los diversos enfoques y estrategias que constituyen instrumentos poderosos para la prevención y resolución de aquellos conflictos que, como se ha dicho, son generados precisamente por las acciones u omisiones empresariales privadas o estatales dadas en un determinado momento y espacio urbano o rural, o en un territorio ancestral donde viven grupos humanos extremadamente vulnerables.

Tanto los mecanismos legalmente instituidos y las instancias no formales utilizadas como estrategias para prevenir o detener la espiral de conflictos no siempre son eficaces debido a la incipiente cultura de participación ciudadana, o porque funcionarios públicos se resisten a impulsarla, o porque grupos sociales o representantes privados han tenido acceso privilegiado a la información clave en los procesos de decisión pública, utilizándola en su beneficio y sin tener que rendir cuenta de los efectos de su gestión.

Desde el enfoque analítico de Fontaine, la apuesta mayor de muchos conflictos consiste en la validación o no de decisiones de políticas públicas, donde es notoria la complementariedad entre las modalidades sistémicas y sociales de sus arreglos. La hipótesis planteada es pertinente en relación con los conflictos que genera el extractivismo petrolero y consiste en ver que "la buena gobernanza se articula con la gobernabilidad democrática en función de la capacidad de la sociedad para llegar a la estabilidad, a la integración social y política de manejar los conflictos sobre la base de la capacidad de negociación e institucionalización de los arreglos y la responsabilidad de las instituciones"[54].

A partir de esta hipótesis, el enfoque de "la institucionalidad de los arreglos" subyace en el presente análisis contextual y tiene relación con el marco jurídico, el sistema institucional del Estado y la sociedad civil. Tal cual lo asume Fontaine, en esta interrelación cada actor estratégico actúa conforme a una racionalidad propia, que condiciona su visión del mundo (en términos de situación, alteridad, etc.), sus valores morales (el bien, lo justo, etc.) y sus demandas (basadas en necesidades e intereses)[55]. Dicha racionalidad propicia una lógica de acción racional que ordena y regula las conductas entre actores, de estos con la sociedad y el Estado, y entre Estados.

---

[54] Fontaine, G., *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*, Flacso, Abya-Yala, IEP, Flacso, 2010, p. 114.

[55] Ibíd.

Hacia 1995, Varea y Ortiz ya expresaron que el conflicto socioambiental ha sido definido como la acción o situación colectiva que implica la oposición de intereses, derechos, perspectivas, racionalidades y lógicas de acción relativas al manejo de los recursos naturales[56]; en el caso amazónico y en un contexto de crisis el manejo de conflicto es, sobre todo, una estrategia para la concertación. Se lo define como un campo multidisciplinario de investigación y acción, que busca incidir en cómo la gente puede tomar mejores decisiones en conjunto, particularmente sobre problemas difíciles y contenciosos. De forma que el manejo exitoso de los conflictos puede significar el reforzamiento del poder de las instituciones locales o la creación de nuevos espacios participativos basados en lo tradicional, y que a la vez permiten a las comunidades emprender nuevos retos.

El manejo del conflicto consiste en observar una serie de premisas sobre el conflicto, el cambio y el poder. Siempre habrá de tomarse en cuenta que los conflictos socio-ambientales implican un trasfondo complejo y de múltiples niveles que deben ser abordados desde una perspectiva multidisciplinar: social, política, cultural, ambiental, económica, ética, etc., y considerando a los actores involucrados: personas naturales, empresas, comunidades, Estado, entre otros. Definitivamente los conflictos son parte relevante de la vida social[57].

Siguiendo el sentido analítico de Ortiz, los conflictos extractivos asociados no son sino parte de una disputa de otro nivel, en torno a las líneas centrales con las cuales se pretende diseñar y definir la estructura y el contenido del modelo de economía, territorio y Estado. Modelo que no difiere en lo fundamental de aquellos elementos que se establecieron en el último cuarto del siglo XIX, y que constituyen la base con la cual se estableció un país de base extractiva, articulado a transacciones transcontinentales. Si de algún proceso de globalización del que buena parte de los países andinos forman parte es aquel que comenzó con la conquista y colonización de las Américas (2019).

Ese proceso etnocida acaecido en el siglo XVI implicó el aniquilamiento de las sociedades originarias. El despojo no solo fue de las tierras que poseían u ocupaban estos pueblos, sino de sus identidades, creencias, valores, instituciones, normas y sistema de vida. Una vez definido el nuevo orden político-territorial, jurídico e institucional marcado por un patrón de clasificación

---

[56] Varea, A. y Ortiz, P., *Marea negra en la Amazonía*, Abya-Yala, Quito, 1995.

[57] Ibíd., p. 20.

racial, los vencidos ya no tendrían más sus lenguas e identidades originales, sino que serían incluidos en el genérico de "indios", "nativos", "naturales"[58]. De forma que el conflicto tiene raigambre histórica y actualmente se mantiene como una tipología inalterada:

> Los elementos que configuran el núcleo de la colonialidad del poder, del saber y del espacio, persisten. "La diferencia cultural y de piel, no sería sino convertida en criterio central de jerarquización. La naturaleza dejaría de ser tal, para estar marcada por la compartimentalización de sus distintos elementos, según la función que cumpla en torno a los procesos de reproducción y acumulación de capital, y el surgimiento de lo que Wallerstein denomina el moderno sistema mundial. Por su parte Alonso Quijano argumenta que América, la modernidad y el capitalismo nacieron el mismo día. (Ortiz, 2019, p. 51)

En la misma línea, los sociólogos brasileños Alonso y Costa plantean una definición de los conflictos socioecológicos integrando los aspectos sociales y ambientales, en la que se tienen en cuenta las posiciones de dominación y poder: "cuando se generan los conflictos por el control de bienes y recursos, la contaminación o, más globalmente, el poder de generar o imponer ciertas definiciones de realidad"[59]. De este modo, los conflictos socioambientales actuales son mucho más que meras disputas por la propiedad de un recurso. En ellos se encuentran enfrentadas cosmovisiones ambientales y de vida, normalmente bajo un contexto o lógica de dominación[60]. A nuestro entender, estas son causas eficientes de los conflictos sociales y ambientales que

---

[58] Dussel, E., *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Abya-Yala, Quito, 1994; Bonilla, Blackburn y Quijano 1992, citados en Ortiz Tirado, P., "Interculturalidad, territorio y conflictos: apuntes en torno al desencuentro entre Estado y nacionalidades indígenas a partir del caso Pastaza", en Galo, Ramón (coord.), *Territorio, identidad e interculturalidad*, Abya-Yala, Congope, Incidencia Pública, Quito, 2019, pp. 47-101, p. 50.

[59] Alonso, Á. y Costa, V., "Por uma sociologia dos conflitos ambientais no Brasil", en Alimonda, H. (ed.), *Ecología política. Nueva Naturaleza, sociedad y utopía*, Buenos Aires, Clacso, 2002, p. 58, en Sánchez-Vásquez, L., Espinosa, M. G. y Eguiguren, M. B., "Percepción de conflictos socio-ambientales en zonas mineras: el caso del proyecto mirador en ecuador", *Ambiente & Sociedade*, vol. XIX, n.º 2 (abril-junio de 2016), pp. 23-44, p. 25.

[60] Ibíd.

con matices se expresan actualmente en todo el continente, y sin viso de un manejo alternativo o soluciones concretas eficientes[61].

3. La gobernanza: tipologías

3.1. Gobernanza

La gobernanza parte del reconocimiento de que un gobierno carece de las capacidades suficientes para solucionar los problemas sociales. Su aplicación se da en el marco de la transición del Estado benefactor (bienestar) al Estado neoliberal, y consiste en una serie de cambios que vienen ocurriendo desde finales del siglo anterior, en las relaciones entre sociedad y Estado; los cambios más visibles son aquellos mediante los cuales agentes privados y sociales incrementan su participación en actividades que eran asumidas expresamente por el aparato gubernamental.

En esta fase los gobiernos expresan menos reticencia a la participación de las organizaciones de la sociedad civil, que paulatinamente desarrollan capacidades de autogestión y autorregulación, así como de captación de recursos económicos y capacitación de talento humano que coadyuvan al manejo de problemas diversos y también socioambientales.

Sin embargo, el Estado continúa siendo un actor relevante, pero es un actor que pasa de regulador a sujeto regulado, de estar en la cúspide del poder a ser el nodo de una red de instituciones. Desde esta perspectiva, se pretende que sea un ente activo en estrecha relación y articulación con la sociedad, y no un gigante benefactor que hacía todo y tampoco un Estado disminuido meramente administrador de rentas, conforme a las pretensiones neoliberales.

La gobernanza[62], en su versión no jerárquica, es una forma de gobierno que difiere del modelo de control autoritario y del modelo *laissez faire*, la cual

---

[61] Para ampliar la base conceptual sobre los conflictos, véase: "Aproximación conceptual los Conflictos Socioambientales: (CSA)", en Secretaría de Pueblos, Movimientos Sociales y Participación Ciudadana, *Mirar los conflictos socioambientales*, Quito, Abya-Yala, SPMSPC, 2011, pp. 17-97. Ortiz Tirado, P., "Apuntes teórico-conceptuales para el diseño de una propuesta metodológica de manejo de conflictos socioambientales a través de la forestería comunitaria", en Ortiz, Pablo (ed.), *Comunidades y conflictos socioambientales. Experiencias y desafíos en América Latina*, Quito, Abya Yala, 1999, pp. 7-34.

[62] En el pasado reciente, América Latina comenzó a abrirse a las posibilidades de debatir otros asuntos más vinculados al cómo se gobierna, cómo se toman las decisiones y quiénes participan. Esto permitió incluso cuestionarse acerca de la posibilidad de abrir los procesos decisionales a la participación de actores previamente relegados. El concepto de gobernanza forma parte de esta discusión que se

se caracteriza por un mayor grado de cooperación e interacción, no exento de confrontaciones entre el Estado y actores no estatales, y promueve redes decisionales mixtas entre lo público y lo privado.

La gobernanza da cuenta de los actores estatales, sociales y privados en la vida pública, y el modo en que se articula la acción colectiva y conducción social a partir del diálogo entre estos actores: en tal sentido, se ocupa del cómo se concretan el juego del poder y las relaciones entre gobernantes y gobernados, es decir, los distintos sectores de esta dualidad aparentemente incontrastable. Entendida así la gobernanza, esta se preocupa del cómo estos actores se organizan para decidir y actuar, previo tener claro, entre otros factores, los siguientes: ¿quiénes toman las decisiones?, ¿cómo se toman estas decisiones?, y ¿bajo qué estándares de rendición de cuentas, información y transparencia tienen lugar?

El reconocimiento de la pluralidad de actores, intereses y visiones implica superar la noción de un Estado monolítico con una sola agenda. De esta forma, se asume que la realidad del Estado está constituida por diversos sectores con agendas disímiles y hasta contradictorias, por ejemplo: la agenda de las Cámaras de la producción y la agenda de las ONG ambientalistas; de las empresas extractivas y las de las ONG para la conservación, que suelen enfrentarse en los territorios protegidos o ancestrales, al tratar de manejar las discrepancias haciendo prevalecer las condiciones de su preferencia, a veces por fuera de las comunidades locales. Lo propio sucede en los distintos sectores de la sociedad y particularmente urbanos, donde es evidente que se disputan intereses y agendas disímiles o hasta contradictorias.

Los gobiernos subnacionales o concejos municipales son un ejemplo de gobernanza local. La jurisdicción municipal es un espacio de diálogo y decisión territorial conformado por delegados de cada microrregión. En un municipio grande y étnicamente diverso existen representantes sectoriales que tratan temas sobre turismo, agua, agricultura, ganadería, apicultura, uso del suelo urbano, etc. La autoridad municipal es un actor fundamental en el Concejo, sea proveyendo el espacio físico para las reuniones, llevando a cabo labores

ha extendido y que puede vincularse con las oscilaciones en lo relativo al mayor o menor rol del Estado como actor político tras el modelo neoliberal de los noventa. Bueno, M. del Pilar, "La incorporación de la gobernanza a la agenda latinoamericana", *Comentario Internacional, Revista del Centro de Estudios Internacionales*, n.º 13 (2013), pp. 175-188, p. 176. Recuperado a partir de https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/50

logísticas y presidiendo las reuniones del subgobierno, a las que asisten otros actores como ONG y organismos de cooperación, núcleos técnicos, además de instancias ministeriales del gobierno central, o de agencias especializadas cuando se trata del manejo de reservas de la biósfera, sitios arqueológicos, por ejemplo, para formular políticas concernientes a los diferentes niveles de gobierno, a los particulares y a colectivos diferenciados del área de influencia.

A veces no todo resulta satisfactoriamente, y aparecen las peores facetas de la gobernanza y de la gobernabilidad, inclusive surgen condiciones de ingobernabilidad en los niveles macro o micro. Pero al margen de ello, la gobernanza procura ser una forma de gestión que auspicia el diálogo y la negociación en el ejercicio de gobierno, para lo cual gobernados y gobernantes bajo determinadas condiciones tratan de establecer relaciones horizontales. Este proceso implica la construcción de espacios y está supeditado a la voluntad del gobierno, del Estado, para promover una real participación e involucramiento social para el ejercicio de una ciudadanía activa. En otras palabras, la gobernanza conlleva un cierto grado de desgaste del espíritu asambleario radical, e implica la adopción de decisiones consensuadas, con un aceptable grado de legitimidad político-jurídica.

En este sentido, la gobernanza inclusiva es una forma de convivencia más cooperativa, diferente a la del antiguo modelo de gobernanza jerárquica, en la que las autoridades estatales ejercían un poder autoritario sobre los grupos y ciudadanos organizados de la sociedad civil. La gobernanza inclusiva dispone de algunas formas de autorregulación social, de forma que los actores corporativos privados de alguna manera tratan de cumplir sus funciones autorregulándose, en términos que explícita o implícitamente son establecidos por el Estado, haciendo prevalecer el interés general y la potestad estatal soberana.

Otra forma de autorregulación de la sociedad son los sistemas de negociación entre los representantes de grupos con intereses diferentes o incluso opuestos. La autorregulación delegada es una forma indirecta de cooperación entre el Estado y la sociedad civil, pero requiere de un Estado suficientemente

fuerte como para motivar una autorregulación que tome en cuenta los intereses públicos, y que no beneficie exclusivamente a los propios actores participantes[63].

Tabla 5. Condiciones para una gobernanza participativa

• El poder debe estar disperso en la sociedad y no de manera fragmentada e ineficiente.
• Las autoridades políticas deben ser fuertes, pero no omnipotentes.
• Las autoridades deben ser legitimadas democráticamente y deben ser aceptadas, de modo general, como guardianes del bienestar público.
• Las autoridades políticas deben manejar recursos suficientes para llevar a cabo las decisiones que tomen.
• Las autoridades son diversificadas para responder a las diferentes necesidades de regulación y deben poseer especial competencia en sus campos respectivos.
• La "sociedad civil" es la comunidad de ciudadanos (individuos) iguales ante la ley y disponen de un conjunto de derechos fundamentales. La libertad de perseguir sus metas particulares solo está restringida por el derecho de los demás, y por los derechos de la *res publica*.
• La sociedad civil ha de ser fuerte, funcionalmente diferenciada y bien organizada; y por ello no puede existir donde hay extrema desigualdad social. Además, no es incompatible con la estructura del Estado feudal, con la esclavitud y con la división de la población en castas.
• Las organizaciones de la sociedad civil tienen intereses propios, son autónomas y hábiles para negociar en un entorno de intereses opuestos y con las autoridades del Estado.
• En el marco de las relaciones múltiples, existe un mínimo sentido de identificación y de responsabilidad con la totalidad; en otras palabras, una identidad común. La nación constituye el marco de referencia de esa identidad, y se erige sobre la base de la integración social y cultural.

Fuente: adaptación propia con base en Mayntz, R., "Nuevos desafíos en la teoría de la gobernanza", cit.

En el ámbito externo, la gobernanza parte de la efectividad política interna y de la gobernanza internacional efectiva, y están estrechamente conectadas. De forma que, para la solución de problemas en el multinivel es necesaria una gobernanza nacional efectiva. Los acuerdos internacionales y las decisiones de las organizaciones gubernamentales internacionales no tienen valor, si los representantes nacionales implicados en los procesos de decisión no pueden comprometer a sus países para respetar las decisiones adoptadas[64].

En síntesis, las formas de cooperación entre el Estado y las organizaciones de la sociedad civil para la formulación de políticas públicas pueden

[63] Mayntz, R., "Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza" en Agustí Cerrilo i Martínez (coordinador), *La gobernaza hoy: 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005, pp. 83-98.

[64] Mayntz, R., "Nuevos desafíos en la teoría de la gobernanza", cit.

llevarse a cabo de diferentes maneras. En los países desarrollados, gran parte de la gobernanza está dirigida a lograr que las autoridades públicas y los actores corporativos privados puedan colaborar directamente en los procesos de formulación de políticas. En este sentido, la implicancia política del término gobernanza ha llevado a un amplio debate nacional e internacional que ha permitido asumirla desde diferentes perspectivas teóricas e ideológicas. Mayntz, por ejemplo, asume que la gobernanza abarca la interacción entre las estructuras, los procesos, las tradiciones y los sistemas de conocimientos que determinan la forma en que se ejerce el poder, la responsabilidad y en que se adoptan las decisiones que expresan la opinión ciudadana y de otros interesados directos[65].

3.2. Gobernanza sociopolítica

En América Latina, actualmente resulta evidente una mayor desconcentración y descentralización del poder estatal, y ello implica cierta redistribución política, económica y fiscal en los diferentes niveles territoriales del Estado. La dimensión político-administrativa abarca la elección democrática de las autoridades correspondientes a cada unidad territorial; buscando el equilibrio y un nuevo tipo de interrelaciones con el gobierno central, en función de la redistribución del poder económico y político[66].

En ese sentido, es clave entender que la denominada gobernanza sociopolítica correlaciona al sistema político con la democracia, y de ello sigue la gobernabilidad democrática. Para el efecto, el sistema político es asumido como un sistema constituido por partes que forman un todo unitario y complejo, es decir, comprende planes, métodos, órdenes y arreglos. En otras palabras, es un conjunto de elementos interrelacionados, interdependientes o intercambiables que tienen como finalidad lograr objetivos determinados. En el ámbito político, significa construir esquemas y modelos políticos que sirvan de referencia para comprender, analizar problemas y proponer soluciones viables conforme a los objetivos sociopolíticos. Lo de fondo del régimen o sistema político es la persistencia de relaciones humanas que expresan la extensión de poder, mando y autoridad. Son estas interrelaciones las que

[65] Ibíd.

[66] Benz, A., *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Centro de Estudios políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

asignan autoritativamente valores a una sociedad. Desde esta perspectiva y conforme al enfoque de la gobernanza sociopolítica propuesto por Kooiman[67], se colige que, frente al modelo de democracia formal (eminentemente electoral), actualmente se boga por la interacción real de actores que saben que solo por sí mismos no pueden enfrentar sus problemas, y menos los de los demás. A ello se designa como gobernanza sociopolítica o interactiva.

Las sociedades actuales son objeto de una crisis polifacética que ha dado lugar a modelos de desarrollo, de gestión y de políticas públicas de intervención, en dos perspectivas: la que busca superar la crisis profundizando la vía mercantil, privada, en la que lo público es visto como un freno, como algo secundario; y la otra, que en medio de la crisis da un mayor significado a lo público, a la administración y gestión pública, a la hegemonía estatal.

La crisis aludida es producto de prácticas administrativas excluyentes y, además, económica, política, social y ambientalmente deficitarias, donde la toma de decisiones para alcanzar los objetivos de la convivencia socio-económico-política y las formas de coordinación para realizarlos no se llevan a cabo en términos de interdependencia e interacción (asociación-coproducción-corresponsabilidad) entre el gobierno, los entes privados y la sociedad civil organizada, y menos aún en el marco de una gobernanza sociopolítica que comprenda lo local, lo nacional y el multinivel para fortalecer la gobernabilidad democrática[68].

Frente al exacerbado (bi)centralismo, ha tomado fuerza una tipología de descentralización de la dirección social, la cual se opone a que la sociedad sea conducida por un solo centro de inteligencia, sea privado o el Estado (gobierno central) o el subgobierno (gobierno local); toda vez que los instrumentos sociales de control y dirección de la sociedad, como información, conocimiento tecnológico, recursos financieros y gerenciales, están dispersos y distribuidos entre diversos actores con intereses distintos.

En este sentido, se asume que la conducción de la sociedad es un proceso sociopolítico[69] más que exclusivamente "gubernamental", porque al abordar

[67] Kooiman, J. et al. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, cit.

[68] Prats, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005; Kooiman, J. et al. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, cit.; Aguilar Villanueva, L. *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

[69] Kooiman, J. et al. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, cit.

los asuntos específicos de interés social, el peso del gobierno o de la sociedad cambia según las capacidades y el interés que cada uno de los actores muestre para atender el problema[70]. En tal contexto, la gobernanza sociopolítica comprende procesos de interacción social, pública y privada, donde ningún actor sea tan dominante como para imponer a los demás una determinada línea de comportamiento, en otras palabras, para dominar de forma unilateral y transferir los costos de la solución de problemas sociales hacia otros actores, tratando, además, de obtener ganancias de forma individual. En este sentido, el entendimiento del contexto decisional hace pensar que hay elementos que no pueden ser modificados por los actores, y que están supeditados al carácter contextual de los procesos políticos y sociales. "En este sentido, la cultura dominante representa un factor de contexto, más allá de la mayor o menor disponibilidad de los actores, que influye, incluso de forma determinante, en los resultados de los procesos decisionales"[71].

Un punto clave de la gobernanza sociopolítica consiste en relacionar las cualidades del objeto de la gobernanza sociopolítica (el sistema a ser gobernado) con el sistema de gobierno (democracia participativa), esto permite que los gobernantes, gobernados y la naturaleza de sus interacciones contribuyan a un tipo de "gobierno democrático" o sistema político que está continuamente cambiando como respuesta a factores internos y externos que no escapan de la dominación globo-neo-colonizadora.

La gobernanza sociopolítica es asumida como la interacción y el efecto de gobernar y gobernarse; por su parte, la gubernamentalidad indaga acerca de cómo se gobierna, no solo prestando mayor atención a la estabilidad política, sino comprendiendo la integridad de la dinámica socio-económico-ambiental, etc.[72]

---

[70] Aguilar Villanueva, L. *Gobernanza y gestión pública*, cit., p. 425; Peters, G. y Pierre, J., "¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?", en Cerrillo i Martínez, Agustí (coord.), *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), España, 2005.

[71] Dente, B. y Subirats, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Madrid, 2014, pp. 173-175.

[72] En términos de Camou, en el pensamiento político latinoamericano prestó más atención a los temas de gobernabilidad que a los de gobernanza. Durante mucho tiempo, la cuestión del Estado tuvo más importancia que los problemas referidos al ejercicio de gobierno. Mayorga, F. y Córdova, E., "Gobernabilidad y gobernanza en América Latina", cit., p. 2.

Desde el enfoque de la gobernanza sociopolítica (interactiva), gobernar una sociedad implica hacerlo de manera participativa e integral, en el marco de las complejas condiciones socio-económico-políticas actuales[73], de tal forma que el sistema social depende de la naturaleza del sistema a ser gobernado, del sistema de gobierno y de las interacciones de la gobernanza sociopolítica. En esta perspectiva, cada uno de estos componentes tiene aspectos de gobernabilidad, y el sistema social respecto a la participación demanda, entre otras características, la diversidad, la complejidad y la dinámica participativa[74].

En cuanto a la interacción, esta posee un carácter connatural a las personas humanas y a la sociedad, ello implica que está articulada a la toma de decisiones políticas, donde los espacios de interlocución entre lo público, lo privado y lo social son inherentes a la gobernanza sociopolítica. En este sentido, la participación sociopolítica es un sustrato de la democracia integral, y de una gestión pública coherente con un ordenamiento jurídico en el que prevalezcan los derechos fundamentales, los derechos de la naturaleza y ambientales, y el derecho a la ciudad como derecho humano fundamental[75].

A la conciencia socioambiental cotidiana le son inherentes la naturaleza y la esfera pública como ámbitos donde es pensable la justicia, la libertad, e intuye proyectos políticos que integren los nuevos derechos: acceso a la vivienda, a los espacios públicos, a la movilidad, a las centralidades, a la identidad del lugar, al ambiente sano, y los nuevos derechos urbanos; y sabe que ello implica tener poder para incidir en la generación de un marco normativo e institucional y de política pública que controle la especulación de aquellos elementos y valores. En efecto, los derechos fundamentales instan a vincular los derechos y obligaciones que conforman el estatuto de ciudadanía:

---

[73] Prats, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, cit.; y Subirats, J. et al., *Análisis y gestión de políticas públicas*, Aguilar, España, 2012.

[74] Kooiman, J. et al. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, cit., p. 59.

[75] Los derechos fundamentales son todos aquellos derechos subjetivos que responden a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones), adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas o autor de los actos que son ejercicio de estas. Ferrajoli, L., "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en De Cabo, Antonio y Pissarello, Gerardo (ed.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 19-20.

> La exigencia de derechos es una cuestión clave cuando se vive un cambio de época. Si no se lucha y no se consiguen los nuevos derechos que exige la sociedad actual se produce una regresión democrática. Que es lo está ocurriendo en la actualidad [...] Los movimientos sociales y culturales de resistencia (locales) que defienden las identidades o intereses colectivos legítimos; sectores progresistas de la institucionalidad, círculos de investigación y debate intelectual, movimientos que generen intercambios y transferencias; constituyen la constelación de actores que vislumbran un proyecto socio-político, capaz de revertir el proceso globo-neo-colonizador, en los diferentes niveles territoriales[76].

Sin embargo, en clave de gobernanza sociopolítica, comprender la fuerza de los derechos implica enfrentar interactivamente el atentado en contra de ellos, y una forma de hacerlo es desenmascarar el encubrimiento ideológico[77] que se perpetra cuando para consumar intereses particulares las élites del poder subsumen dichos intereses en acciones públicas concretas y aparentemente relacionadas con el bien común, al interés general o la razón de Estado.

Este encubrimiento generalmente es una práctica inveterada del poder, utilizada para ocultar el deterioro socio-económico, político y ambiental que padece la población, infligiéndole un sufrimiento que en el fondo la denigra; y ubica a la vez en la estrategia que el poder implementa para justificar sus conductas represivas y uso de tecnologías de vigilancia y disciplinamiento funcionales al orden establecido[78].

---

[76] Borja, J., *Revolución urbana y derechos ciudadanos*, Alianza Editorial, Madrid, 20013, pp. 320-321.

[77] La ideología tiene que ver con la legitimación del poder de un grupo o clase social dominante y connota significados y significaciones que sirven para sustentar relaciones de dominación; comprende por lo menos seis estrategias diferentes e interrelacionadas: un poder dominante se puede legitimar por sí mismo promocionando creencias y valores afines a él; naturalizando y universalizando tales creencias para hacerlas evidentes y aparentemente inevitables; denigrando las ideas que puedan desafiarlo, excluyendo formas contrarias de pensamiento, quizá por una lógica tácita pero sistemática; y oscureciendo la realidad social (o política) de modo conveniente a sí mismo. Eagleton, T., *Ideología. Una introducción*, Paidós, Barcelona, 2005, pp. 24-25.

[78] Foucault, 2007, p. 40, en Castro Gómez, E., *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Siglo del Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2013, p. 53.

De lo expuesto se deduce que el encubrimiento ideológico es una forma de enmascarar la realidad, por ejemplo: cuando el poder justifica ideológicamente los conflictos socioambientales y económicos a través de una resolución imaginaria de contradicciones reales; o cuando se usa como bandera de la gestión pública la defensa de los derechos y de los nuevos derechos urbanos, mientras concomitantemente se ejecutan proyectos que afianzan la fase mercantil de la globalización deshumanizante.

3.3. Gobernanza ambiental

En América Latina persiste un enfoque sectorial de la protección ambiental y la gestión de los recursos naturales. Varios países han incorporado el desarrollo sostenible como un elemento clave de sus constituciones políticas y han desarrollado legislación y marcos de política concretos para contar con herramientas e instrumentos que apoyen su visión de sostenibilidad. También se han fortalecido las estructuras institucionales ambientales y se han creado nuevos mecanismos para la coordinación política, a fin de favorecer la integración de la dimensión ambiental, en el marco del desarrollo sostenible.

Ello implica la adopción de la gobernanza ambiental, entendida no como un "estado" adquirido con base en un diseño institucional y normativo a partir de cierto consenso de los actores con poder (estratégicos), sino como un proceso en constante construcción, en la medida en que los actores y sus relaciones cambian. Esta visión está inserta en una preocupación central: erigir la gobernanza desde aristas complementarias como la problemática del desarrollo, la dimensión ambiental, el marco institucional y normativo necesario para regular y viabilizar las relaciones de cooperación entre actores públicos, privados y sociales.

La gobernanza ambiental abarca las regulaciones, las prácticas, las políticas e instituciones que configuran el modo como las personas interactúan con el medio ambiente. La gobernanza ambiental tiene en cuenta las funciones de los agentes que interactúan con el medio ambiente: gobiernos locales, ONG, el sector privado y la sociedad civil. En este contexto, la cooperación internacional ha sido fundamental para fortalecer una gobernanza ambiental que coadyuve a un futuro más sostenible.

En este sentido, los conocimientos que resultan de estos procesos contribuyen al desarrollo de marcos analíticos necesarios para estudiar los diversos e interconectados elementos que configuran a la gobernanza ambiental, en

la región latinoamericana y caribeña que se extienden sobre más de cinco millones de kilómetros cuadrados de tierra fértil, caracterizada por una diversidad geoedafológica que incluye variedad de biomas y reservorios de metales preciosos y minerales; no obstante, enfrenta iniquidades que la subsumen en una grave injusticia cultural e injusticia distributiva, y mayores complicaciones, por ejemplo:

- Los productos primarios y las manufacturas basadas en recursos naturales representan más del 50% de las exportaciones regionales.
- Un proceso sostenido de creciente urbanización ha incrementado la población urbana en más de 35 millones durante el quinquenio 2010-2015, con una proyección de alcanzar 567 millones de personas viviendo en ciudades para el año 2025.
- La calidad del aire en las ciudades ha disminuido y los datos disponibles muestran que en varias de ellas las concentraciones de material particulado y ozono superan los límites establecidos por la Organización Mundial de la Salud.
- La Evaluación Mundial de la Calidad del Agua publicada por ONU (Medio Ambiente) en 2016 destaca que casi el 25% de las extensiones de ríos en la región se encuentran bajo contaminación severa.
- La ocurrencia de impactos por fenómenos naturales es una muestra de la exposición de la región a altos niveles de riesgo, lo que implica cuantiosas pérdidas económicas, humanas y estancamiento en materia de desarrollo.
- Los servicios ecosistémicos, la biodiversidad y los suelos productivos están "degradándose debido, entre otras cosas, a la persistencia de economías extractivas que utilizan los recursos naturales por encima de su tasa de renovación, al crecimiento urbano no planificado y a la expansión descontrolada de la frontera agrícola"[79].

[79] *Articulando la política social y ambiental para el desarrollo sostenible: opciones prácticas en América Latina y el Caribe*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente. Disponible en http://www.unpei.org/sites/default/files/publications/articulando%20ES%201107.pdf citado en ONU 2018.

Además de lo expuesto cabe tomar en cuenta que casi la mitad de los puestos de trabajo en todo el mundo dependen de la pesca, la silvicultura y la agricultura. La utilización no sostenible de los recursos naturales, con inclusión de la tierra, el agua, los bosques y la pesca amenaza los medios de vida individuales, así como las economías nacionales e internacionales. Mientras los arreglos en materia de gobernanza ambiental son insuficientes y la incesante degradación del medio ambiente se torna incontrolable.

Ampliando la información anterior, Latinoamérica continúa siendo la región que posee grandes volúmenes de reservas minerales importantes, incluyendo petróleo, gas, hierro, cobre y oro[80], con casi la mitad de los bosques húmedos tropicales del mundo, con la tercera parte de las reservas de agua dulce, la cuarta parte de las tierras cultivables potenciales; y a pesar de cinco siglos de actividades extractivas integradas a los mercados mundiales, continúa expuesta al aumento de la degradación ecosistémica por la expansión de las actividades extractivas y del cambio de uso de la tierra, es decir, su potencial desarrollo económico conlleva impactos socioecológicos que afectarían mayormente a los grupos sociales menos favorecidos de la región, a nivel rural y urbano.

En efecto, pobreza, desigualdad y degradación del medio ambiente están estrechamente entrelazadas, y los estudios académicos pertinentes revelan los riesgos que conlleva por ser proveedora de alimentos, energía, metales y servicios ambientales sin una estructura institucional apropiada para enfrentar con éxito los problemas del subdesarrollo[81], del empobrecimiento y la marginación[82], de la acumulación por desposesión[83], de la desigualdad, del desempoderamiento, etc., que han tratado diversos autores.

También cabe considerar que luego de la larga historia de explotación y control económico, las diversas fuerzas sociales y políticas impulsaron la nacionalización del petróleo, de los yacimientos de metales y minerales, así como la redistribución de la renta y de la tierra, con resultados exiguos. Más

---

[80] Bovarnick *et al.*, 2010, citado en De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.), *Gobernanza ambiental en América Latina*, Clacso, Buenos Aires, 2015, p. 13.

[81] Bunker, S., *Underdeveloping the Amazon*, University of Illinoys, Illinoys, 1986.

[82] Martínez Alier, J. y Roca, J., *Economía ecológica y política ambiental*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

[83] Harvey, D., *Contradicciones y el fin del capitalismo*, IAEN, Quito, 2014.

aún, cuando los regímenes neoliberales de fines del siglo XX ya estuvieron en contra de las políticas redistributivas, sin embargo, el periodo refleja cierta atención a la protección del medio ambiente y una significativa toma de decisiones descentralizadas[84]. De todas formas, la financiación restringida y la liberalización de los mercados limitaron el potencial para romper con los patrones de iniquidad establecidos históricamente.

En el marco del contexto descrito, varios gobiernos de tendencia nacionalista radical promovieron un desarrollo inclusivo y una mayor participación social en la toma de decisiones relevantes. Asignaron un papel protagónico al Estado en la extracción de recursos no renovables, en la redistribución de los ingresos y preservación del medio ambiente. Estos nuevos regímenes planificaron su gestión intentando combinar medidas orientadas a la reducción de la pobreza y exclusión social, con políticas de control soberano sobre los recursos naturales precisamente en una etapa de aumento de la demanda mundial de *commodities* e incremento de sus precios. Paradójicamente, la intensificación extractiva, a la vez que produjo recursos económicos adicionales al Estado, coadyuvó a la degradación ambiental e incremento de conflictos socioambientales[85].

Es en este entorno de globalización, neoliberalismo y conflictividad social que América Latina asume una tipología de gobernanza ambiental, cuyos rasgos más característicos se sintetizan en los siguientes términos.

3.3.1. Crisis ambiental y gobernanza ambiental: avances y desafíos

Sin pretender disipar los tópicos expuestos en el acápite anterior, es pertinente referir que en torno a la crisis ambiental hay una crisis de gobernanza relacionada con la crisis del Estado, y frente a los discursos de la conservación, de la descentralización, la gobernabilidad y la sustentabilidad, y sus agendas aparentemente perfectas parecen transitar sin obstáculos hacia el desarrollo sostenible.

Del aserto referido dan cuenta análisis teóricos relacionados, enfatizando que se trata de estrategias de los factores reales del poder (empresas petroleras y mineras transnacionales, cámaras de la producción y el propio Estado).

---

[84] Larson, 2003, en De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.), *Gobernanza ambiental en América Latina*, Clacso, Buenos Aires, 2015, p. 14.

[85] Fernández y Hogenboom, 2010; Hogenboom, 2012, citados en De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.), *Gobernanza ambiental en América Latina*, *Clacso, Argentina*, 2015, p. 25.

Dichos estudios interpelan teóricamente, toda vez que esas estrategias están llenas de trabas y de mañas que pervierten en muchos sentidos los principios fundamentales que tanto reclaman de corazón[86].

De lo que tratan es de analizar cómo quienes instrumentan las estrategias de poder hacen que estas prevalezcan en función de sus objetivos crematísticos concretos, sin considerar que los procesos extractivos se implementan en escenarios ecológicamente sensibles y culturalmente vulnerables, por ejemplo en la región amazónica o el bosque húmedo en general, imponiendo categorías espaciales como bloques petroleros; territorios indígenas, áreas protegidas, zonas intangibles, parques nacionales; reservas de biosfera, etc., que son entidades jurídicamente establecidas y con objetivos específicos y distintos que generalmente se confrontan, y no coadyuvan a un manejo técnico adecuado de los procesos extractivos.

En este sentido, dichas categorías son espacios multifacéticos a punto de convertir en *no lugar* los territorios ancestrales, y en aquellos se constata la aplicación de políticas que se contraponen a los derechos de colectividades diferenciadas y que los factores reales del poder catalogaron como incapaces de manejar sus propios asuntos, por el solo hecho de ser culturalmente diferentes. En consecuencia, detrás de aquellas políticas de "relacionamiento comunitario" subyacen intereses de despojo de los recursos naturales, de explotación de la fuerza de trabajo, de control ideológico y de dominación política, tal cual han evidenciado varios investigadores en relación con pueblos indígenas del continente[87].

No obstante, la gobernanza ambiental continúa como un instrumento de política pública capaz de contribuir a enfrentar la crisis ambiental, crisis que es producto de la crisis civilizatoria o del conocimiento, y entendida como el límite de una creencia tomada por la humanidad y que lleva a resignificar el sentido del desarrollo, el sentido de la vida y de la existencia, conforme al enfoque de Leff, para que:

---

[86] Narváez, I., *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, UASB, Universidad Andina Simón Bolívara, Quito, 2017b.

[87] Ortiz Tirado, P., "Interculturalidad, territorio y conflictos: apuntes en torno al desencuentro entre Estado y nacionalidades indígenas a partir del caso Pastaza", en Ramón, G., (coord.), *Territorio, identidad e interculturalidad*, Serie Territorios en Debate, n.º 10, Abya Yala, Quito, 2019, p. 47-102.

> Las cosas sustantivas como el fortalecimiento de la sociedad civil, las sinergias intersectoriales entre programas ambientales, de democracia y gobernanza, de fortalecimiento de la institucionalidad del sector público, se abran a la diversidad cultural reconociendo el derecho de las comunidades indígenas y campesinas a tener palabra, un discurso y una visión del mundo, a participar en la construcción de la sustentabilidad que implica disponer y tener acceso a una justicia confiable, respeto a los derechos humanos, reconocimiento de los derechos territoriales, de la responsabilidad y los roles de los distintos actores involucrados, tener una sociedad civil activa y un servicio público responsable que rinda cuentas de su gestión a la sociedad civil[88].

En términos de la perspectiva acotada, cabe recordar que ya en la década de 1960 y con mayor fuerza a partir de la Conferencia de Estocolmo (1972) el enfoque conservacionista asumió parámetros ambientales, dando lugar a un proceso aún básico de institucionalización de la gestión ambiental y de cambios donde ella existía. Este proceso propició significativas modificaciones en los sistemas jurídicos, en la administración pública y en la adopción de políticas públicas ambientales. La creación de políticas y normas para proteger el medio ambiente ha permitido actualizar aquellas referidas a los recursos naturales no renovables y su aprovechamiento, pero no se había legislado respecto a su conservación, planificación, ordenación, manejo y protección. Esta primera etapa se caracterizó por la promulgación de normas fragmentadas y dispersas en diversos textos legales que regulaban directa e indirectamente solo algunos aspectos concretos relacionados con temas ambientales.

Con el advenimiento del modelo ambientalista, así denominado a partir de la Conferencia de Río 1992, toma fuerza el ambientalismo, vinculado con la legislación que regula actividades productivas y extractivas y promociona el desarrollo sustentable como eje rector de estas. Esta última generación de normas generales y de carácter sectorial (calidad ambiental, recursos naturales y biodiversidad) promueve instrumentos de regulación jurídica, económica y administrativa y medidas precautorias para abordar los factores condicionantes

---

[88] Narváez, I., "Represamiento del petróleo en tierra o extracción (eje Ishpingo-Tambococha-Tiputini [ITT] del Yasuní). ¿Un dilema de carácter político?", en *Petróleo y poder: el colapso de un lugar singular Yasuni*, Quito, Flacso, Sede Ecuador, 2009.

de los problemas ambientales. En el caso de Ecuador, por ejemplo, se suscribe el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) de 1992, ratificado en 1993, cuyas políticas y objetivos básicos son tres: i) conservar la diversidad biológica, ii) usar sustentablemente dicha biodiversidad y iii) asegurar la participación justa y equitativa de los beneficios derivados del uso de los recursos genéticos. A partir de entonces, estas bases constan en los diversos instrumentos técnicos y legales, como en el de Política y Estrategia Nacional de Biodiversidad 2001-2015 del Ministerio del Ambiente[89].

Por último, del análisis del estado del arte se colige que existen políticas ambientales tendientes a optimizar la gestión administrativa ambiental en general, la aplicación de la normativa ambiental; y la incorporación progresiva de esta temática en los Planes de desarrollo, cuyo horizonte cubre el corto, mediano y hasta largo plazo. Las políticas más relevantes enfatizan los principios del desarrollo sostenible y el principio precautorio en particular conforme a la Declaración de Río/92. Así mismo, son evidentes innovaciones en la legislación sectorial, a veces como criterios complementarios de las políticas generales, por ejemplo, la normativa sobre la biodiversidad en los Estados andino-amazónicos.

En el marco de este contexto, la gobernanza ambiental evidencia una perspectiva política que se combina con aspectos socioeconómico y cuestiones de desarrollo. De forma que la gobernanza sociopolítica ha abierto una línea investigativa que comprende una serie de escuelas teóricas, incluyendo el nuevo institucionalismo. En De Castro se puede encontrar una serie de autores relevanates que abordan la temática.[90]

> A pesar de sus posiciones teoréticas y metodológicas diferentes, todas ellas consideran el comportamiento social hacia los recursos naturales como un complejo mecanismo de interacciones formales e informales entre los agentes estatales y no estatales a través de diferentes escalas, impulsados por factores ecológicos y sociales. De eso se sigue una definición de la gobernanza ambiental como el proceso de formulación y refutación de imágenes, diseños y ejecución de los

[89] Flacso-Penuma-MAE, *Geo Ecuador*, Flacso, Quito, 2008, p. 137.

[90] De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.), *Gobernanza ambiental en América Latina*, cit. Clacso, Argentina, 2015, p. 18.

> procedimientos y prácticas que configuran el acceso, control y uso de los recursos naturales entre actores diferentes[91].

Este concepto de gobernanza marca una diferencia sustancial con aquella noción prevaleciente en la década de 1970, cuando en gran parte de la región latinoamericana el modelo particular que dominaba los discursos y prácticas a nivel nacional era el "modo del gobierno centralizado en el Estado"[92]. Particularmente durante el período de las dictaduras militares y los regímenes burocrático-autoritarios de procedimientos verticalistas controlados por una élite tecnocrática, fundada en un fuerte discurso de soberanía nacional.

4. Gobernanza ambiental y políticas públicas: enfoque alternativo

Producto de las acciones por la defensa de la naturaleza y en contra de los impactos socioambientales que generan los procesos extractivos, se ha ido configurando un modelo de gobernanza participativa-alternativa a la que inicialmente auspiciaban los organismos multilaterales de crédito.

La gobernanza en clave sociopolítica se adscribe al fortalecimiento de la democracia y la ciudadanía, a la participación de la sociedad civil organizada en función de la justicia social, la equidad y reducción de la pobreza, y entre los aspectos más relevantes que la caracterizan a nivel regional se pueden citar:

- Planificación y ordenamiento territorial: cada país establece la organización político-administrativa con criterio ecológico y económico, asumiendo lo ambiental como una variable transversal de los planes de desarrollo o un Código orgánico territorial, por ejemplo.
- Estudios de impacto ambiental: son obligatorios previo a todo proyecto productivo o extractivo que se vaya a implementar a nivel público o privado. Caso contrario, la autoridad ministerial no extiende la licencia ambiental correspondiente. Actualmente, son elementos básicos de la política ambiental nacional y local.
- Instrumentos económicos y responsabilidad civil: conforme a la Agenda 21 (Río/92), las leyes generales establecen la internalización de los costos ambientales, y regulaciones sobre los llamados

---

[91] Ibíd., p. 18.

[92] Ibíd.

"instrumentos económicos", aunque las disposiciones jurídicas son eficaces parcialmente, como el caso de los "fondos ambientales" y "fondos forestales". Además, existen instrumentos económicos o mecanismos fiscales (impuestos, exenciones tributarias) y financieros y de mercado aún de poco uso. Instrumentos económicos son los pagos o contribuciones por el uso y aprovechamiento del agua, por la descarga de aguas residuales en cuerpos receptores que tienen a la calidad de bienes nacionales. Los mecanismos financieros son el cambio de deuda por naturaleza, permisos de emisión transable y los mecanismos de desarrollo limpio establecidos en el art. 12 del Protocolo de Kioto, que por ser poco comunes no han tenido mayor desarrollo. Respecto a la "responsabilidad civil" por daños ambientales[93], inicialmente se regía por las prescripciones del Código Civil, pero en los últimos años tienen vigencia los "regímenes de responsabilidad administrativa, civil y penal". En Ecuador, por ejemplo, la Constitución de 2008 en materia ambiental establece la responsabilidad objetiva y la inversión de la carga de la prueba.

- Responsabilidad penal y tipificación de los delitos ambientales: responden a disposiciones constitucionales y son de cuatro tipos: leyes sectoriales protectoras de ciertos recursos, leyes generales ambientales, código penal, y leyes penales ambientales especiales. Los mecanismos van desde la tipificación de los delitos ambientales, establecimiento del sistema de penas para proteger los derechos ambientales y el ambiente, y la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Manejo sostenible de ecosistemas y legislación sobre diversidad biológica: a partir de la Conferencia de Río/92 y posteriormente en 1993 con la Convención de Cartagena sobre Biodiversidad[94], se establecen

---

[93] Las diversas legislaciones coinciden en asumir como daño ambiental "toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno de sus componentes". González, José, *Derecho ambiental*, Penuma, México, 2003, p. 27. En la Ley 19,300 de Chile promulgada en 1994, por reparación ambiental se entiende "la acción de reponer el medio ambiente o uno de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser posible, restablecer sus propiedades básicas".

[94] Previo a la vigencia de la Agenda 21, ya existe una serie de instrumentos internacionales que tratan sobre la biodiversidad y aspectos específicos relacionados; por ejemplo: Convención Internacional de Protección Fitosanitaria, Convención Internacional de Especies Amenazadas de Flora y Fauna Silvestres,

como objetivos prioritarios la conservación de la biodiversidad y el uso sostenible de sus componentes, y participación justa y equitativa en oficios que se deriven de la utilización de los recursos genéticos. La "diversidad biológica" está referida a la calidad o atributo de los ecosistemas y sus componentes, es decir, a "la variabilidad de los organismos vivos". Esta expresión designa, indistintamente, a los componentes de un patrimonio biológico y a su variabilidad. Cabe anotar que en la década posterior a la Conferencia de Río/92, en materia de biodiversidad, se ratificó el empeño de la Conferencia en considerar a aquella como fundamental, pero hacia la primera década del presente siglo ya se observó que más bien hubieron retrocesos en la protección efectiva de los ecosistemas naturales, debido a que los mandatos jurídicos del Convenio sobre la Biodiversidad son muy complejos, y demandan reformas de casi todo el marco legal que sobre la naturaleza rige en un país. No obstante, las leyes generales sobre medio ambiente regulan de alguna manera la biodiversidad, y a nivel de la Comunidad Andina de Naciones se estableció un Régimen Común sobre Acceso a los Recursos Genéticos, mediante la Decisión 391 de 2 de julio de 2006.

- Los riesgos de la biotecnología moderna: además de otros sobre el medio ambiente derivados de las especies exóticas y de los procesos de hibridación, se ha creado un nuevo escenario que exige respuestas políticas y legales eficaces y oportunas. Porque al margen de que estas preocupaciones ya fueron planteadas en Río/92, las respuestas aún son escasas y, en el peor de los casos, nulas. Cada país ha respondido reactivamente frente a las presiones externas. En términos generales, América Latina no enfrenta rigurosamente estos problemas, aun siendo la región que combina la mayor diversidad del planeta con una importante producción agrícola que incluye actividades transgénicas. Se tiene expectativas respecto a que la suscripción del Protocolo sobre la seguridad de la biotecnología sirva para acelerar la implementación de políticas públicas y leyes adecuadas.
- Política y regulación sobre vida silvestre en función de instrumentalizar la política denominada "conservar aprovechando": parte de

---

Convención sobre la Conservación de Especies Migratorias de Animales Silvestres, y el Convenio sobre Humedales de Importancia Internacional, especialmente como Hábitat de Especies Acuáticas.

la regla general de que se conserva solo lo que se aprovecha. Desde Río/92 se viene promulgando legislación específica sobre la "vida silvestre", y el objeto de ello y de la política radica en promover simultáneamente la conservación de la vida silvestre, el aprovechamiento sostenible de sus componentes y la protección de su hábitat, en función de favorecer la conservación de la diversidad biológica y el uso sostenible de sus componentes.

- Control de la deforestación: de los bosques húmedos tropicales y de la Cuenca Amazónica Continental en particular. Para el efecto rige una legislación forestal que regula la explotación de los recursos forestales, debido a que gran parte de la economía regional ha girado en torno a la explotación del bosque. Pero no baja la participación de la industria forestal en el producto interno ni la tasa de deforestación. En cierta medida, desde Río/92 en adelante se registra un incremento significativo de legislación y políticas forestales que precautelan las especies en riesgo y regulan el aprovechamiento de subsistencia.
- Legislación sobre suelos: después de la conferencia de Río/92 es satisfactorio el desarrollo de la política y legislación sobre suelos, hecho que contrasta con el ímpetu que el cónclave internacional le puso a las tierras agrícolas y a la agricultura sostenible. Aquella y la revisión normativa para evitar la transformación de las tierras productivas en suelos para usos como la urbanización está pendiente. De ello se desprende que el régimen jurídico-político regional sobre agricultura y el desarrollo rural sostenible no es suficientemente eficaz para garantizar los objetivos planteados en Río/92.
- Las políticas sobre ecosistemas frágiles: el empeño puesto en la lucha contra la desertificación se ha restringido a nivel de cambios jurídicos básicos y a la suscripción del instrumento internacional prescrito en el capítulo 12 de la Agenda 21, que prevé la intensificación de la cooperación internacional en la lucha contra la desertificación. Prácticamente todos los países latinoamericanos participan de la Convención Internacional contra la Desertificación, pero la promulgación de normas legales de protección específicas aún es deficitaria.
- Políticas y normativa sobre aguas: es el sector que ha generado gran interés para el establecimiento de políticas y legislación. La idea es

ordenar el uso de los recursos hídricos a nivel de cuencas y subcuencas conforme lo establecido en la Agenda 21. Varios países disponen de una política nacional de recursos hídricos, y un sistema nacional de manejo, por ejemplo: Ecuador a partir del 2007 creó la Secretaría Nacional del Agua (Senagua), y posteriormente promulgó la Ley pertinente, recogiendo observaciones hechas por organizaciones sociales e indígenas opuestas a la privatización del elemento.

- Sobre ecosistemas marinos: la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar establece los derechos y obligaciones de los Estados, y los fundamentos para la protección y el desarrollo sostenible del medio marino, costero y sus recursos. Un cambio jurídico relevante fue el impulsado por el Programa Internacional para la Conservación del Delfín, suscrito por los países involucrados en la pesca del atún en el Pacífico Oriental, además de varios países latinoamericanos. Un objetivo de esta legislación es regular, a nivel interno, la sobreexplotación de los recursos hidrobiológicos. Ecuador, por ejemplo, promulgó la Ley de Pesca.
- Respecto a la atmósfera: los problemas de contaminación atmosférica son preocupantes a nivel regional. Las estadísticas muestran que el 10% de la población latinoamericana está afectada por sus impactos. Como respuesta se han desarrollado políticas públicas y normativa para la prevención y control de la contaminación del aire, pero estas han resultado insuficientes, debido a que constan como disposiciones administrativas y leyes generales, de lo cual se infiere que hace falta consolidarlas a nivel subnacional[95]. Se colige que lo propio sucede con el cambio climático, el sector energético, la cobertura vegetal, suelos forestales, actividades agropecuarias y transporte. A ello se suma la institucionalidad sectorial débil, como es el caso de los ministerios del ambiente o agencias correspondientes.

[95] Entre los convenios más importantes sobre el tema atmósfera constan: Convenio Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, el Protocolo de Kioto que vino a complementar dicha Conferencia, y esto se puede explicar por el ambiente de desconfianza que se ha creado en torno a la participación en la aplicación de sus disposiciones por parte de los países que tienen mayores responsabilidades en el combate contra el cambio climático, particularmente por los Estados Unidos de Norteamérica, país al que siguen otros países desarrollados y los de economía emergente como China e India.

- En torno a la tenencia y usos de la tierra: la complejidad de la problemática que gira en torno de la tierra es evidente desde la época colonial, esta se agudiza durante la etapa de las reformas agrarias y, al momento, continúa siendo objeto de conflictos. Por ejemplo, los pueblos originarios perdieron una parte importante de sus territorios y población, en tales condiciones fueron relegados al nivel más bajo del desarrollo, y solo el último proceso emancipatorio iniciado en la década de 1990 les ha permitido alcanzar el reconocimiento constitucional al territorio y autodeterminación.

Desde el enfoque sociocultural desarrollado por la Confederación de Organizaciones Indígenas de la Cuenca Amazónica (Coica), se asume a los territorios ancestrales como una continuidad sin fisuras ni fraccionamiento, íntegros y diversificados, cuya garantía jurídica no hace diferencia entre sus diversos elementos biofísicos. En esta perspectiva, los territorios indígenas han de ser tan amplios como sea posible y sujetos al manejo por parte de cada pueblo ancestral que lo ha vivido, y al que debe reconocérsele la más amplia capacidad de disposición y control sobre sus recursos, a fin de asegurar la vida comunitaria[96].

El enfoque sociocultural, entendido como una posición ideológico-política, cuestiona la desigualdad económica, social, política, y la opresión por parte de la clase dominante, y a su vez vindica la heterogeneidad y las diferencias, la unidad en la diversidad y el derecho a la territorialidad y autodeterminación de los pueblos indígenas; reivindica un conjunto de valores que no pueden ser evaluados en términos del modelo de racionalidad económica, ni reducidos a una medida de mercado.

Plantea la activación de un conjunto de procesos sociales, el potenciamiento de la conciencia ecológica, la planificación pública transsectorial y la participación de la sociedad en la toma de decisiones sobre la gestión de los recursos naturales y la renta que genera su explotación. En términos de Leff, "toda racionalidad social articula un sistema de teorías de conceptos y normas jurídicas e instrumentos técnicos, de significaciones y valores culturales"[97], y

[96] Narváez, I., *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, cit.

[97] Leff, E., *Racionalidad ambiental*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 223.

los pueblos indígenas son poseedores de saberes que configuran una racionalidad social alternativa, de ello se infiere que no pueden ser más excluidos de ningún proceso que implique enfrentar la injusticia cultural y la injusticia distributiva[98].

4.1. El discurso emancipador y gobernanza ambiental (enfoque alternativo)

El eje central de este discurso ha sido la transformación de las relaciones de poder, la construcción del Estado plurinacional; el reconocimiento de la diversidad y las diferencias, de la pluralidad jurídica e igualdad entre pueblos iguales; la inclusión socio-económico-política y la garantía de la seguridad alimentaria. Desde ahí ha frutecido el reconocimiento de la naturaleza (Pacha Mama) como sujeto de derechos, de los derechos colectivos al territorio y autodeterminación como derechos humanos fundamentales, y la adopción de la equidad como vía para superar la injusticia cultural y la injusticia distributiva. Todo esto ha implicado repensar el Estado, la política y la democracia en términos del *sumak kawsay* (buen vivir)[99].

---

[98] Todos los aspectos anteriormente referidos no contradicen lo objetivos de los 193 Estados Miembros de las Naciones Unidas que, junto con un gran número de actores de la sociedad civil, el mundo académico y el sector privado, entablaron un proceso de negociación abierto, que resultó en la proclamación de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, con sus Objetivos de Desarrollo Sostenible, en septiembre de 2015.

La Agenda 2030, así como la Agenda de Acción de Addis Abeba de la Tercera Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo y el Acuerdo de París sobre Cambio Climático, aprobados por todos los Estados Miembros también en 2015, presentan una oportunidad para América Latina. La Agenda 2030 incluye 17 objetivos y 169 metas, presenta una visión ambiciosa del desarrollo sostenible e integra sus dimensiones económica, social y ambiental como prioridades de la comunidad internacional para los próximos 15 años. La Agenda 2030 es transformadora, pone a la igualdad y dignidad de las personas en el centro y convoca a cambiar el estilo de desarrollo, respetando el medio ambiente. Es un compromiso universal adquirido en el marco de una alianza mundial reforzada, y toma en cuenta los medios de implementación para realizar el cambio y la prevención de desastres por eventos naturales extremos, así como la mitigación y adaptación al cambio climático. Cepal, *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, Cepal, Santiago de Chile, 2018, pp. 3-4.

[99] Narváez, I., "Amazonía: cambio de la comprensión de la territorialidad al interior del territorio waorani", cit.; Ávila, R., *El neoconstitucionalismo andino*, cit.; Gudynas, E. et al., *Bifurcación del buen vivir y el sumak kawsay*, Ediciones Sumak, Quito, 2014; y Ramírez, R., "Socialismo del *sumak kawsay* o biosocialismo republicano", en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Instituto de Altos Estudios Nacionales y del Ministerio Coordinador de la Política (coords.), *Los nuevos retos de América Latina: socialismo y sumak kawsay*, Senplades, Quito, 2010, pp. 55-76.

Este discurso emancipador devela la orientación colonialista solapada en el orden económico-político y social segregacionista del Estado legiscéntrico, etnocentrista, en el que indígenas, afrodescendientes y montubios han ocupado niveles y condiciones de inferioridad frente al no indígena. Tal discurso emancipador, a la par que recupera la categoría "indio" por fuera del sentido peyorativo determinado por la nomenclatura de la dominación y la colonialidad, redime a los indígenas como seres humanos que han desencadenado sus poderes y saberes subyugados, para captar el poder político y suscribir un nuevo pacto social con el Estado.

El contenido esencial del discurso emancipador connota un fluido ético-plural que propicia la articulación de alianzas estratégicas indígenas-campesinas y organizaciones de la sociedad civil, abogando por la prevalencia de los derechos fundamentales, del derecho a la ciudad, de la naturaleza como sujeto de derechos en el marco de un nuevo orden constitucional e institucional innovado del Estado plurinacional, y de su capacidad para regular y controlar a los poderes salvajes (desregulados).

Voces como las de Dussel[100], Leff[101], Díaz-Polanco[102], Escobar[103], De Sousa Santos[104], Burguette Cal y Mayor[105], Ávila[106], Narváez[107] y Ortiz[108], han elucidado la dimensión simbólica de los saberes y de las prácticas políticas de los pueblos ancestrales, de modo que se identifiquen en ellos las tendencias

---

[100] Dussel, E., *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, cit.

[101] Leff, E., "Pensar la complejidad ambiental", cit.

[102] Díaz-Polanco, E. *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Casa de las Américas, La Habana, 2008.

[103] Escobar, A., "El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o postdesarrollo?", en Lander, Edgardo (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, 2000.

[104] De Sousa Santos, B., *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores, La Paz, 2010.

[105] Burguette, Cal y Mayor, A., *Autonomía: la emergencia de un paradigma en las luchas por la colonización en América*, Facultad Latinoamericana de Ciencias Socaiales, Quito, 2010.

[106] Ávila, R., *El neoconstitucionalismo andino*, cit.

[107] Narváez, I., "Amazonía: cambio de la comprensión de la territorialidad al interior del territorio waorani", cit.

[108] Ortiz Tirado, P., "Interculturalidad, territorio y conflictos: apuntes en torno al desencuentro entre Estado y nacionalidades indígenas a partir del caso Pastaza", cit.

del futuro, "tendencias sobre las cuales es posible actuar para maximizar la probabilidad de la esperanza en relación a la probabilidad de la frustración"[109].

El contenido esencial del discurso político emancipador es antisistémico y desde una línea de fractura ideológica adhiere otras epistemologías, propias de la ecología política o de la sociología de las emergencias y de los otros saberes, dando lugar a pensar en alternativas que caben en las posibilidades concretas. Además, el discurso político emancipador rompe la hipótesis de que únicamente la relación de los pueblos originarios con el territorio, y el manejo de los recursos naturales renovables y no renovables, constituyen el núcleo de sentido del discurso de la etnicidad[110].

La línea de fractura ideológica visibiliza a la "otredad" integralmente y suscita un sentido que coadyuva a forjar una racionalización de la historia social inclusiva de la "otredad" y su dinámica sociopolítica inscrita en la transformación de las relaciones de poder y la subsunción del Estado en lo colectivo, y por fuera de los imperativos económico-productivo-extractivos y político-jurídicos sustentados en la sola racionalidad instrumental, formal. La "otredad" tiene raigambre histórica y la constituyen los colectivos diferenciados, o nuevos actores políticos en su rol de legítimos interpelantes del poder y del Estado.

El pensamiento crítico es inherente a la otredad y blande un discurso de carácter emancipador, no para privilegiar la problemática de las culturas originarias ni para excluir opciones ideológico-políticas relacionadas con la lucha de clases o conflictos urbanos. La línea de fractura ideológica y el discurso emancipador emana de una emergencia colectiva en términos de una dialéctica que modifica los factores sociopolíticos y la correlación de fuerzas entre el polo hegemónico y los actores emergentes. Es una propuesta alternativa al modo de producir conocimiento, y es antípoda al patrón mundial del poder colonial-moderno, capitalista y eurocéntrico heredado.

La constitución de este poder ocurrió asociada a la específica secularización burguesa del pensamiento europeo. No se refiere a todos los modos de conocer de todos los europeos y en todas las épocas, sino a una específica racionalidad o perspectiva de conocimiento que se hace esencialmente

---

[109] De Sousa Santos, B., *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, cit., p. 4.

[110] Fontaine, G., "Discurso ético y praxis política: la institucionalización de la indianidad en Colombia y Ecuador", *Indiana, 17-18, Separatum*, IberoAmérikanisches Institud, Berlín, 2000/2001, p. 60.

hegemónica y sobreponiéndose a todas las demás, previas o diferentes, y a sus respectivos saberes concretos, tanto en Europa como en el resto del mundo[111].

De tal forma que el debate sobre el ordenamiento territorial, la estructura agraria, la seguridad alimentaria, uso del suelo urbano, derechos de la naturaleza, se inscribe dentro de los términos históricos referidos. En lo que tiene que ver con la autodeterminación o proceso autonómico indígena, ha sido constitucionalizado sin poner en riesgo "la soberanía del Estado" ni la "unidad nacional", lo que falta es hacer prevalecer la unidad en la diversidad, el respeto a la alteridad y la concreción de la plurinacionalidad. Autodeterminación e interculturalidad son compatibles con el carácter plurinacional del Estado, y han sido ratificadas por organismos internacionales y prescritas en instrumentos supraestatales: Convenio 169 de la OIT, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2007), entre otros.

La línea de fractura ideológica ha coadyuvado a crear un movimiento continental que, en alianza con otras fuerzas sociales, enfrentan la arremetida globo-neo-colonizadora y propician el fortalecimiento de las economías locales para evitar el descalabro de la economía interna por efecto de las reformas neoliberales. En esta perspectiva, el movimiento indígena ha rescatado instituciones tradicionales como sustrato para la autogestión y desarrollo endógeno, y en lo cultural ha hecho prevalecer la cosmovisión originaria, el respeto y reconocimiento del derecho de costumbres y de los conocimientos ancestrales.

Los derechos de la naturaleza son producto del proceso emancipatorio y en Ecuador, por ejemplo, a partir del 2008 constan como derechos constitucionales, cuyos fundamentos representan metas para alcanzar por parte del Estado y la sociedad. El Preámbulo de la Norma Supraordenada enfatiza que se ha decidido construir "una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*; una sociedad que respeta en todas sus dimensiones la dignidad de las personas y las colectividades". El expresidente de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) y rector de la Universidad Intercultural de las Nacionalidades y Pueblos Indígenas (Amawtai Wasi o Casa del Saber), Luis Macas, explica que el *sumak kawsay* es la plenitud, lo

---

[111] Quijano, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Lander, Edgardo (comp.), *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, Clacso-Unesco, Buenos Aires, 2000, pp. 201-246, p. 219.

sublime, lo excelente y superior. El *kawsay* es la vida, "es ser-estando, es ser-siendo", es dinámico y cambiante, no es una cuestión pasiva. Por lo tanto, es la vida en plenitud, la vida en excelencia material y espiritual. La magnificencia y lo sublime se expresan en la armonía, en el equilibrio interno y externo de una comunidad. Aquí la perspectiva estratégica de la comunidad en armonía es alcanzar lo superior[112].

No obstante la constitucionalización del buen vivir, siguiendo a Macas, el *sumak kawsay* implica el cambio de las estructuras de este Estado o, en última instancia, "construir uno nuevo con manos propias, con las manos de todos y todas"[113]. En este sentido, la propuesta emancipatoria se proyecta como una opción de vida para todos, no solo indígena para los pueblos indígenas, sino para toda la sociedad. "Debemos llegar a acuerdos, a consensos entre los diferentes sectores, a la construcción de una sola agenda y al entendimiento del *sumak kawsay*. El objetivo es recuperar y desarrollar nuestros sistemas de vida, instituciones y derechos históricos anteriores al Estado, para descolonizar la historia y el pensamiento"[114].

Conclusiones

El (re)ordenamiento territorial e institucional OTI es una modalidad de ordenamiento territorial que coadyuva a planificar las actividades estratégicas para el desarrollo sostenible, acorde con las condiciones del "territorio plurinacional" y la disponibilidad de recursos naturales. El OTI tiene por objeto clarificar técnica y jurídicamente las relaciones entre el territorio, los recursos naturales y las actividades humanas, a fin de establecer estrategias de explotación, utilización y redistribución. Es un instrumento que contribuye a plasmar los acuerdos estratégicos definidos entre los diferentes actores (gobernanza interactiva), para promover un desarrollo no basado en la sola explotación de recursos naturales renovables y no renovables o el solo uso intensivo y extensivo del suelo.

---

112 Macas, L., "Mundo: debate sobre el Buen Vivir. Armonía de la Comunidad con la Naturaleza", Vía Orgánica, 4 de febrero de 2010, citado en Narváez, I. y Narváez, M. J., "La (re)apropiación del Estado y los nuevos estándares jurídico-constitucionales en Ecuador y Bolivia", en Cansles, J., Fontaine, G., Romero, A. Eds.), *La transformación de los sistemas políticosy de los Estados*, Anthropos, Barcelona, 2017.

113 Ibíd.

114 Ibíd.

El Estado determina sus objetivos y decididos en común con diversos actores[115], conforme a la gobernanza sociopolítica, por ejemplo: i) generar acuerdos y consensos para la gestión del territorio, y; ii) facilitar a los subgobiernos procesos de participación local en la toma de decisiones sobre el uso del suelo, manejo de fuentes de agua, de páramos, etc.

Vista así, esta modalidad de organización territorial es la sintonía político-administrativa entre población, territorio y gobierno, y la planificación resulta ser una técnica que ordena los espacios. El ejercicio del ordenamiento territorial correlaciona tres elementos: territorio, uso de la tierra (suelo) y administración pública central y local. En este marco, el enfoque institucional asume tres niveles: ordenamiento territorial natural, ordenamiento territorial político-administrativo y el ordenamiento territorial para los usos de la tierra tomando en cuenta los principios del desarrollo sustentable, definido en la Cumbre de Río/92.

El ordenamiento territorial interactivo ha sido propuesto por los pueblos indígenas con mayor énfasis en clave de gobernanza sociopolítica, bajo el influjo ideológico de un nuevo pacto de convivencia, que implica un compromiso comunitario, igualitario, republicano. La definición induce a entender que es un concepto complejo, vivo, no lineal, pero históricamente construido, y que por tanto está en constante (re)significación. Enfatiza la satisfacción de las necesidades sociales, la consecución de una calidad de vida y muerte dignas conforme a los estándares de la trama de la vida, en armonía con la naturaleza y respetando la pluralidad cultural[116].

Tiene relación con la tenencia equitativa de la tierra, con el aprovechamiento sostenible de los recursos y visualizando las transformaciones que cada país demanda en función de promover la equidad y las oportunidades de acceso a los beneficios del desarrollo socioeconómico. Todo ello implica fortalecer las capacidades de los sectores más vulnerables y propender a una ostensible disminución de la conflictividad socio-económica-ambiental mediante la consolidación de un régimen político que enfrente la injusticia cultural y la injustica distributiva.

---

[115] Fontaine, G., *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*, Flacso, Abya-Yala, IEP, Flacso, 2010, pp. 20-21.

[116] Narváez, I., "El ordenamiento territorial: dispositivo de tensión entre el Estado y el movimiento indígena (análisis en clave sociocultural y jurídica)", en Rojas Castro, M. Ovidia e Ibarra Rojas, Lucero (coord.), *Estado, derecho y desigualdad*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH) y la Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, México, 2015, pp. 31-56.

El objetivo del OTIN es abordar los aspectos problemáticos locales y nacionales con base en una gobernanza ambiental (interactiva) que incluya el multinivel con criterios de sostenibilidad económica y eco-geo-política. El OTIN busca, además, innovar las políticas socioambientales públicas; impulsar reformas legales, marcos institucionales y programas que giren en torno a la estructura agraria, tenencia de la tierra, constitución de territorios, conservación y extracción, derechos colectivos al territorio y autodeterminación, priorizando los espacios donde existe mayor fragilidad ecológica y vulnerabilidad social.

Existen múltiples razones por las cuales se opta por el conflicto; entre otras, se vislumbra mejor la naturaleza de la normalidad y, por tanto, también de la gestión; las patologías (irregularidades) nos enseñan más y mejor de la naturaleza profunda del sistema. Porque se asume la política ecológica, y la política refiere siempre al conflicto al menos en cinco figuras del conflicto ambiental, dentro de lo que se denominó como tipología del conflicto ambiental:

- Riesgo: son aquellas en las que está en juego, como factor de movilización social, un riesgo inminente o diferido sobre la seguridad y salud de las personas. Así ocurre en la oposición ciudadana a la instalación de vertederos, incineradoras centrales nucleares o emisiones contaminantes a la atmósfera.
- Conservación: el conflicto se prefija en torno a la conservación de algún bien ambiental en peligro. Un espacio natural, una especie, un edificio emblemático, una calle peatonal, etcétera.
- Distribución: la distribución de un bien ambiental escaso. El ejemplo más representativo es el agua.
- Recuperación: conflicto donde se trata de recuperar prácticas y hábitos sociales y culturales ecológicamente sostenibles y que están anclados en alguna tradición vernácula. Gran parte de los conflictos con indígenas o con comunidades campesinas son conflictos de recuperación de modos de vida tradicionales que suponen una forma de manejo sustentable de los recursos frente a la agresión de la modernización.
- Alternativas: conflicto que tiene como objetivo la consecución de avances en políticas ambientales desde propuestas alternativas de los agentes sociales: luchas por la instalación de un plan de energía renovable,

de un plan forestal, de un sistema de depuración de las aguas residuales, etcétera. En todas estas figuras, se produce el enfrentamiento entre el riesgo, la conservación o la distribución, la recuperación y la demanda de crecimiento económico.

Este "crecimiento económico" es presentado como base del desarrollo social, progreso o modernización. En el conflicto ambiental intervienen multiplicidad de factores (especialmente en los de riesgo). No todos los agentes ponen el acento en los mismos elementos. El elemento de movilización afecta tanto al capital simbólico como al capital económico.

En el conflicto vemos el modelo dinámico de interrelación entre políticas, instituciones y agentes dentro del subsistema de política ambiental (gobernanza ambiental). Si queremos observar la tipología cambiante del subsistema ambiental, esta puede verse en el devenir y en la estructura del conflicto ambiental. La ecología política surgió como un discurso polémico en oposición directa a otros discursos y otras prácticas: el conflicto es su medio natural. Pese a las discrepancias ideológicas de los últimos años, el Estado tiene una responsabilidad seria en materia regulatoria y articulación entre los sectores productivos, comunitarios y sociales y otros actores.

El papel del Estado es clave porque trasciende la lógica del mercado mediante la salvaguarda de valores y prácticas de justicia social y de equidad, e incorpora la defensa de los derechos fundamentales; considerando que la lógica de acumulación capitalista requiere de la oferta de "bienes comunes" y que no pueden ser producidos por actores competitivos en el mercado; además y finalmente, porque se dirige a las generaciones futuras y trata de procesos ambientales que no pueden ser sustituidos por capital o por la tecnología.

Bibliografía

Aguilar Villanueva, L., *Gobernanza y gestión pública*, Fondo de Cultura Económica, México, 2008.

Albarrán, I., *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, de Luigi Ferrajoli, 1014, Ciencia Jurídica. Departamento de Derecho. División de Derecho, Política y Gobierno, Universidad de Guanajuato, año 4, núm. 7, México, 2015.

Alegre, P., "Matrices sociopolíticas y patrones de reforma en el Cono Sur. Entre la ruta populista y la autoritaria. El caso uruguayo en perspectiva comparada", *Revista de Ciencia Política*, vol. 27, n.º 2 (2007), pp. 89-108.

Ávila, R., *La utopía del oprimido. Los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, Madrid, 2018.

Ávila, R., *El neoconstotucionalismo andino*, UASB, Quito, 2016.

Ávila, R., *El neoconstitucionalismo transformador. El Estado y el derecho en la Constitución de 2008*, Abya-Yala, Quito, 2009.

Bauman, Z., *Modernidad líquida*, Fondo Cultura Económica, México, 2017.

Beck, U., *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.

Beck, U., Guiddens, A. Luhmann, N. y Barman, Z., *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Anthropos, España, 2007.

Benz, A., *El Estado moderno: fundamento de su análisis politológico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

Bobbio, N., *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Bobbio, N., *Estado, gobierno y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2006.

Bobbio, N., *Estado, gocierno y sociedad. Por una teoría genral de la política, Fondode Cultura Económica*, México, 1996.

Bobbio, N., *Estado, capitalismo y democracia en América Latina*, Colección Secretaría Ejecutiva, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003.

Bobero, M., *Una gramática de la democracia*, Trotta, Madrid, 2002.

Borja, J., *Revolución urbana y derechos ciudadanos*, Alianza Editorial, Madrid, 20013.

Boron, A., *Pachamamismo vs. Extractivismo*, Eugenio Espejo Corporación, Quito, 2013.

Bueno, M. del P. La incorporación de la gobernanza a la agenda latinoamericana. *Comentario Internacional. Revista del Centro Andino de Estudios Internacionales*, (13), Quito, 2013, pp. 175-188. Recuperado a partir de https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/comentario/article/view/50

Bunker, S., *Underdeveloping the Amazon*, University of Illinoys, Illinoys, 1986.

Calveiro, P., *Violencias de Estado: la guerra antiterrorista y la guerra contra el crimen como medios de control global*, Siglo XXI Editores, Argentina, 2012.

Camou, A., *Los desafíos de la gobernabilidad*, Flacso, Plaza y Valdez, México, 2001.

Cardoso, F. E., *Problemas del subdesarrollo latinoamericano*, Nuestro Tiempo, México, 1973.

Castro Gómez, E., *Historia de la gubernamentalidad. Razón de Estado, liberalismo y neoliberalismo en Michel Foucault*, Siglo del Hombre Editores, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2013.

Cepal, *La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Una oportunidad para América Latina y el Caribe*, Cepal, Santiago de Chile, 2018.

Cruz Cervantes, F. A., "Estado, gobierno y administración pública en la globalización", en http://www.uam.mx/difusion/revista/abr2003/cruz.pdf (consultado el 16 de julio de 2019).

De Castro, F., Hogenboom, B. y Baud, M. (coord.), *Gobernanza ambiental en América Latina*, Clacso, Buenos Aires, 2015.

De Sousa Santos, B., *Crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, Desclée de Brouwer S. A., España, 2003.

De Sousa Santos, B., *Refundación del Estado en América Latina: perspectivas desde una epistemología del Sur*, Plural Editores, La Paz, 2010.

Deléage, J. P., *Historia de la ecología*, Icaria, Barcelona,1993.

Dente, B. y Subirats, J., *Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*, Ariel, Madrid, 2014.

Díaz-Polanco, E., *Elogio de la diversidad: Globalización, multiculturalismo y etnofagia*, Casa de las Américas, La Habana, 2008.

Dussel, E., *El encubrimiento del otro: hacia el origen del mito de la modernidad*, Abya-Yala, Quito, 1994.

Eagleton, T., *Ideología. Una introducción*, Paidós, Barcelona, 2005.

Engels, F., *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 2008.

Escobar, A., *El final del buen salvaje. Naturaleza, cultura y política en la antropología contemporánea*, Cefrec, Bogotá, 1999.

Escobar, A., "El lugar de la naturaleza y la naturaleza del lugar: ¿globalización o postdesarrollo?", en Lander, E. (comp.), *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*, Clacso, Buenos Aires, 2000.

Fernández, J., "Sociedad civil y capital social", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2009.

Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Trotta, Madrid, 2011.

Ferrajoli, L., *Democracia y garantismo*, Trotta, Madrid, 2010.

Ferrajoli, L., "Los fundamentos de los derechos fundamentales", en De Cabo, A. y Pissarello, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2009.

Flacso-PNUMA-MAE, *Geo Ecuador*, Flacso, Quito, 2008.

Fontaine, G., *Petropolítica: una teoría de la gobernanza energética*, Flacso, Abya-Yala, IEP, Flacso, 2010.

Fontaine, G., "Discurso ético y praxis política: la institucionalización de la indianidad en Colombia y Ecuador", *Indiana, 17-18, Separatum*, IberoAmérikanisches Institud, Berlín, 200/2001.

Foucault, M., *El poder, una bestia magnífica sobre el poder, la prisión y la vida*, Siglo XXI, Argentina, 2014.

Foucault, M., *Seguridad, territorio y población*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2006.

Foucault, M., *La microfísica del poder. Más allá del bien y del mal*, La Piqueta, Madrid, 1979.

Fraser, N., "¿De la redistribución al reconocimiento?", en Fraser, N., Carbonero Gamundí, M. A. y Valdivielso Navarro, Joaquín M. (coods.), *Dilemas de la justicia en el siglo XXI: género y globalización*, Universitat de les Illes Balear, España, 2011, pp. 217-254.

Giavedoni, J., *Gobernando la pobreza*, HomoSapiens Ediciones, Argentina, 2012.

González, J., *Derecho ambiental*, Penuma, México, 2003.

Gudynas, E., Estermann, J., Álvarez, F., Medina, J. y Oviedo Freire, A. (Ed.), *Bifurcación del buen vivir y el sumak kawsay*, Ediciones Sumak, Quito, 2014.

Teubner, G., Sassen, S. y Krasner, S., Estudio preliminar de Laura Saldivia, *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores, Universiad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2010.

Habermas, J. *Teoría de la acción comunicativa*, Trota, Madrid, 2010.

Harvey, D., *Contradicciones y el fin del capitalismo*, IAEN, Quito, 2014.

Heller, H., *La teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

Hernández, A., Flores, J. y Naranjo, M. A., *Gobernanza ambiental, trayectoria institucional y organizaciones sociales en Bogotá: 1991-2010*, Fundación Carolina, Madrid, 2011.

Hidalgo, F., "Contrahegemonía y buen vivir en la fase posneoliberal", *Herramienta: Revista de debate y crítica marxista*, núm. 52, Buenos Aires, 2013. http://www.herramienta.com.ar/revista-herramienta-n-52/contrahegemonia-y-buen-vivir-en-lafase-posneolibera

Houtart, F., "La crisis del modelo de desarrollo y la filosofía del sumak kawsay", en Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, *Los nuevos retos de América Latina. Socialismo y sumak kawsay*, Senplades, Quito, 2010, pp. 91-97.

Jellinek, G., *Teoría general del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Kooiman. J., Bavinck, M., Chuenpagdee, R., Mahon, R. y Pullin, R., *Interactive governance and governability: an introduction. Journal of Transdisciplinary Environmental Studies*, vol. 7, n.º 1 (2008), pp. 1-11.

Kooiman, J., Bavinck, M., Jentoft, S. y Pullin, R. (eds.), *Fish for Life: Interactive Governance for Fisheries*, Amsterdam University Press, Ámsterdam, 2005.

Kooiman, J., Governing as Governance", ponencia presentada en la *Conferencia Internacional Gobernanza, Democracia y Bienestar Social*, organizada en Barcelona en noviembre de 2003, Institut Internacional de Goibernabilitat de Catalunya, Catalunya, 2003.

Kooiman, J., *Modern Gobernance. New Government Society interactions*, SAGE, 1993.

Leff, E., "Sustentabilidad y racionalidad ambiental: hacia 'otro' programa de sociología ambiental", *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 73, n.º 1 (enero-marzo, 2011), pp. 5-46.

Leff, E., *Aventuras de la epistemología ambiental*, Siglo XXI Editores, México, 2006.

Leff, E., *Racionalidad ambiental. La reapropiación social de la naturaleza*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Leff, E., *El saber ambiental*, Siglo XXI Editores, México, 2002.

Leff, E., "Pensar la complejidad ambiental", en Leff, E. (comp.), *La complejidad ambiental*, Siglo XXI, México, 2000.

Leff, E., *Ecología y capital: racionalidad ambiental, democracia participativa y desarrollo sustentable*, Siglo XXI Editores, México, 1994.

Gramsci, A., *Quaderni del carcer*, 2.ª ed., col. III, Einaudi, Turín, 1975.

Godelier, M., *Lo ideal y lo material*, Taurus, Madrid, 1985.

Lechner, N., *Democracia y utopía: la tensión permanente*, Flacso, México, 2014.

Levinas, E., *Totalidad e infinito: ensayo sobre la totalidad*, Sígueme, Salamanca, 2002.

Macas, L., "Mundo: debate sobre el buen vivir. Armonía de la comunidad con la naturaleza", *Vía Orgánica*, 4 de febrero de 2010, en http://viaorganica.org/medio-ambiente/debate-buen-vivir-armonia-naturaleza/ (consultado el 15 de enero de 2019).

Marcuse, H., *El hombre unidimensional. Ensayo sobre la ideología de la sociedad industrial avanzada*, Planeta, Barcelona, 1993.

Marcuse, H., *La sociedad opresora: industrialización y capitalismo*, Nuevo Tiempo. Caracas, 1972.

Martínez Alier, J. y Roca, J., *Economía ecológica y política ambiental*, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.

Martínes, R. y Soto, E., *El Consenso de Washington*, UNAM, Xochimilco, México, 2012.

Mayorga, F. y Córdova, E., "Gobernabilidad y gobernanza en América Latina", *Working Paper NCCR Norte-Sur IP8*, Instituto de Investigación y Debate sobre la Gobernanza, Ginebra, 2007, en http://www.institut-gouvernance.org/es/analyse/fiche-analyse-334.html (consultado el 15 de agosto de 2019).

Mayntz, R., "Nuevos desafíos en la teoría de la gobernanza", en Cerrillo i Martínez, Agustí (coord.), *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública, España, 2005, pp. 83-98.

Medellín, P., *Gobierno y políticas públicas en regímenes de obediencias endebles. De cómo y con qué se gobierna en países de frágil institucionalidad*, Quito, 2015. (Inédito).

Morín, E., "El pensamient, o ecologizado", *Gaceta de Antropología*, núm. 12 (1996), pp. 1-7, Universidad de Granada.

Morin, E., "El devenir del devenir", en Solana Ruiz, J. (coord.), *Con Edgar Morin. Por un pensamiento complejo. Implicaciones interdisciplinares*, Universidad de Andalucía – Akal, España, 2005, pp. 53-88.

Messner, D., "La arquitectura de gobernanza global en la economía globalizada: el concepto del World Economic Triangle", *Instituciones y Desarrollo*, n.º 14-15 (2003), pp. 139-170.

Narváez, I., "Amazonía: cambio de la comprensión de la territorialidad al interior del territorio waorani", *Eutopía. Revista de Desarrollo Económico Social*, n.º 12 (diciembre de 2017), pp. 41-63.

Narváez, I., *Pueblos indígenas: el sentido de la esperanza*, UASB, Universidad Andina Simón Bolívara, Quito, 2017b.

Narváez, I., "El ordenamiento territorial: dispositivo de tensión entre el Estado y el movimiento indígena (análisis en clave sociocultural y jurídica)", en Rojas Castro, M. O. e Ibarra Rojas, L. (coords.), *Estado, derecho y desigualdad*, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo (UMSNH) y la Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, México, 2015, pp. 31-56.

Narváez, I., "Marco jurídico, institucional y políticas ambientales públicas (Ecuador 1950-2009)", en *Estado del País. Informe Cero Ecuador 1950-2010*, Flacso, PUCE, ESPOL, Contrato Social por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Quito, 2011, pp. 169-187.

Narváez, I., *Petróleo y poder. El colapso de un lugar singular* Yasuní. Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Flacso, Quito, 2009.

Narváez, I. y Narváez, M. J., "La (re)apropiación del Estado y los nuevos estándares jurídico-constitucionales en Ecuador y Bolivia", en Cansles, J., Fontaine, G. y Romero, A. (eds.), *La transformación de los sistemas políticos y de los Estados*, Anthropos, Barcelona, 2017, pp. 151-169.

Narváez, I. y Narváez, María José, *Derecho ambiental en clave neoconstitucional*, Flacso, Quito, 2012.

O'Connor, J., "¿Es posible el capitalismo sostenible?", en Alimonda, H. (comp.), *Ecología política. Naturaleza, Sociedad y Utopía*, Clacso, Buenos Aires, 2003, pp. 27-52.

Ortiz Tirado, P., "Interculturalidad, territorio y conflictos: apuntes en torno al desencuentro entre Estado y nacionalidades indígenas a partir del caso Pastaza", en Galo, R. (coord.), *Territorio, identidad e interculturalidad*, Abya-Yala, Congope, Incidencia Pública, Quito, 2019, pp. 47-101.

Ortiz, P., Mirar los conflictos socioambientales: una relectura de conceptos, metodos y contextos, *vol. 1 de Conflictos socioambientales*, Abya Yala, Quito, p. 181.

Ortiz Tirado, P., "Apuntes teórico-conceptuales para el diseño de una propuesta metodológica de manejo de conflictos socioambientales a través de la forestería comunitaria", en Ortiz, Pablo (ed.), *Comunidades y conflictos socioambientales. Experiencias y desafíos en América Latina*, Abya-Yala, Quito, 1999, pp. 7-34.

Organización de las Naciones Unidas, *Gobernanza ambiental y Agenda 2030*, ONU-Medio Ambiente, Capei, 2018, en http://www.unep.org/publications (consultado el 16 de agosto de 2019).

ONU Medio Ambiente, PNUD, Articulando la política social y ambiental para el desarrollo sostenible: opciones prácticas en América Latina y el Caribe, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo y Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente, 2017. Disponible en http://www.unpei.org/sites/default/files/ publications/articulando%20ES%201107.pdf

Organización de las Naciones Unidas, *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Washington, 2007.

Peters, G., "Gobernanza y burocracia pública: ¿nuevas formas de democracia o nuevas formas de control?", *Foro Internacional*, vol. XL, n.º 4 (octubre-diciembre de 2005), pp. 585-598.

Peters, G. y Pierre, J., "¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?", en Cerrillo i Martínez, A. (coord.), *La gobernanza hoy. 10 textos de referencia*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), España, 2005, pp. 37-56.

Peters, S., "Post-crecimiento y buen vivir: ¿discursos políticos alternativos o alternativas políticas?", en Endara, G. (coord.), *Post-crecimiento y buen vivir. Propuestas globales para la construcción de sociedades equitativas y sustentables*, ILDIS, Quito, 2014, pp. 1123-161.

Prats, J., *De la burocracia al management, del management a la gobernanza: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2005.

Prats, J., "El concepto y el análisis de la gobernabilidad", *Revista Instituciones y Desarrollo*, [en línea, http://www.iigov.org/iigov/pnud/bibliote/revista] n.º 14-15 (2003), pp. 239-269, en http: //www.iigov.org/revista/ (consultado el 10 de julio de 2019).

Quijano, A., "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Lander, Edgardo (comp.), *Colonialidad del saber, eurocentrismo y ciencias sociales*, perspectivas latinoamericanas, Clacso-Unesco, Buenos Aires, 2000, pp. 248-280.

Quijano, A., "Modernidad, identidad y utopía en América Latina", en *Modernidad y universalismo*, Lander, E. (ed.), Universidad Central de Venezuela, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1990.

Ramírez, R., "Socialismo del sumak kawsay o biosocialismo republicano", e Secretaría Nacional de Educación Superior, Ciencia, Tecnología e Innovación, *Los nuevos retos de América Latina: socialismo y sumak kawsay, Senplades*, Quito, 2010, pp. 55-76.

Ramón, G., (Coordinador), *Territorio, identidad e interculturalidad*, Serie Territorios en Debate, n.º 10, Abya Yala, Quito, 2019.

Roa, H., *La gobernabilidad, hoy. Aportes a un debate*, Ibáñez, Bogotá, 2011.

Sánchez-Vásquez, L., Espinosa, M. G. y Eguiguren, M. B., "Percepción de conflictos socio-ambientales en zonas mineras: el caso del Proyecto Mirador en Ecuador", *Ambiente & Sociedade*, vol. XIX, n.º 2 (abril-junio de 2016), pp. 23-44.

Sassen, S., "Desnacionalización de las políticas estatales y privatización de la producción de normas", en Teubner, Gunther, Sasse, Saskia y Krasner, Stephen, Estudio preliminar Laura Saldicia, *Estado, soberanía y globalización*, Siglo del Hombre Editores Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Bogotá, 2010, pp. 103-137.

Schelder, A., *La política de la incertidumbre en los regímenes electorales autoritarios*, Fondo de Cultura Económica, México, 2016.

Schmitt, C., *El concepto de lo político*, Alianza Editorial, España, 2009.

Singer, P., "Los derechos de los simios... y de los seres humanos. Reflexión sobre los derechos de los humanos y de los animales", *Anima Naturalis*, 25 de enero de 2017, en https://www.animanaturalis.org/autor/peter-singer (consultado el 13 de agosto de 2019).

Stone, C., "¿Los árboles deberían tener legitimidad procesal? Hacia un reconocimiento de los derechos legales de los objetos naturales", en Crawford, Colin (comp.), *Derecho Ambiental y Justicia Social*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2009, pp. 135-229.

Subirats, J. Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C. y Varone, F., *Análisis y gestión de políticas públicas*, Ariel, España, 2012.

Talavera, P. y Armijo, M., *Instituciones y desarrollo: reformas de segunda generación en América Latina*, Apuntes del Cenes, España, 2007.

Touraine, A., *Un nuevo paradigma para comprender el mundo de hoy*, Paidós, Argentina, 2006.

Touraine, A., *La crisis de la modernidad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2002.

Touraine, A., *Qué es la democracia*, Fondo de Cultura Económica, Argentina, 2000.

Varea, A. y Ortiz, P., *Marea negra en la Amazonía*, Abya-Yala, Quito, 1995.

Weber, M., *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.

Waldmann, P., *El Estado anómico. Derecho, seguridad pública y vida cotidiana en América Latina*, Iberoamericana, España, 2006.

Zurbriggen, C. "Gobernanza: una mirada desde América Latina", *Perfiles Latinoamericanos*, n.º 38 (julio-diciembre de 2011), pp. 39-64.

Enfoques para el abordaje de la conflictividad ambiental en América Latina: la propuesta del Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental

Lina Muñoz Ávila*

Introducción

La especie humana fue una de las últimas que apareció en el planeta pero su presencia ha sido tan impactante en términos evolutivos que ha modificado irreversiblemente las condiciones básicas que hacen posible la vida en la Tierra y ha logrado que incluso en el futuro se vuelva inhabitable. Hoy en día, la población mundial asciende a casi 8000 millones de personas, que a su vez generan millones de toneladas de residuos. El modelo de desarrollo actual está basado en una fuerte dependencia económica de los recursos naturales renovables y no renovables para construir edificios y casas, para el transporte y la alimentación, entre otros aspectos[1]. Las industrias sobre las que se fundamenta la satisfacción de necesidades degradan los ecosistemas, contaminan los recursos naturales y extinguen a otras especies. De acuerdo con los científicos,

* Doctora en Derecho y abogada de la Universidad del Rosario (Colombia). Profesora de carrera y directora de la especialización y la maestría en Derecho y Gestión Ambiental de la Facultad de Jurisprudencia de la misma universidad. Investigadora en desarrollo sostenible, litigio estratégico y democracia ambiental. lina.munoz@urosario.edu.co

[1] Shapira, N., Housh, M. y Broitman, D., "Decision-makers matter: An operational model for environmental-economic conflict resolution". *Environmental Science & Policy*, n.º 98 (2019), pp. 77-87. DOI: https://doi.org/10.1016/j.envsci.2019.05.010

el planeta se encuentra en una nueva fase geológica, la era de los humanos y el plástico, la era del antropoceno[2].

Sin embargo, gran parte de las sociedades modernas aún no tienen plena conciencia de esta situación y consideran que viven en un planeta inagotable cuando en realidad existe una emergencia ambiental mundialmente declarada. Investigadores y académicos como Leopold, Carson, Boulding y Commoner, entre muchos otros, llevan más de cinco décadas señalando que se requiere un cambio en el modelo de desarrollo y en los patrones de producción y consumo pero la acción política y económica humana ha sido muy lenta, pese a que los efectos negativos y la conflictividad ambientales son cada vez más alarmantes.

Según Mesa,

> los conflictos ambientales forman parte del conjunto de elementos que se manifiestan a partir de las grandes crisis globales y las injusticias de redistribución sobre los elementos o componentes del ambiente por parte de los seres humanos. Estas injusticias se originan en la ausencia de equidad en términos generacionales y con otros seres de la naturaleza, evidenciando no sólo el tipo de desigualdades vinculadas con la distribución de los bienes ambientales y naturales, sino también frente a aquellas cargas de contaminación, deterioro, degradación, desplazamientos y daños ecológicos y/o sociales desde los cuales emergen todo tipo de reivindicaciones en distintos sectores de la población[3].

Caminos para la protección del ambiente y el abordaje de los conflictos ambientales: el uso del derecho

El manejo de conflictos ambientales y la defensa del ambiente es hoy más complejo que hace cuarenta años. Los problemas ambientales cada vez son más graves, lo que ha generado un aumento significativo en el número de conflictos ambientales alrededor del mundo y hoy se cuentan aproximadamente

[2] Maldonado, M. A., *Antropoceno: la política en la era humana*, Barcelona, Taurus, 2018.

[3] Mesa, G. (ed.), *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Vicedecanatura de Investigación y Extensión, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus, 2015, p. 18.

2830 según el *Atlas de Justicia Ambiental*[4]. Esto produce consecuencias adversas sobre derechos humanos como la vida y la salud y empeora las condiciones de pobreza y desigualdad.

Como consecuencia de lo anterior, el derecho ambiental surge a principios del siglo XX como una respuesta para luchar contra la degradación ambiental y la contaminación. Se convirtió en una plataforma para reaccionar frente a las grandes preocupaciones de los pueblos y hacer realidad su compromiso frente al tema a través de leyes nacionales, declaraciones y tratados internacionales. Ha sido un marco regulador para proteger a los seres humanos frente a sí mismos y frente a lo que esta especie está en capacidad de hacerle al planeta. Es un instrumento para incorporar y gestionar las características biológicas y ecosistémicas, pero también para controlar los impactos negativos de la economía.

De igual forma, el derecho creó herramientas para que las personas puedan exigir directamente la garantía del derecho a un ambiente sano. Por ejemplo, muchos países tienen acciones legales públicas que cualquier persona puede utilizar para pedir a los jueces que detengan proyectos o normas que causan pérdida de la biodiversidad, deterioro de la naturaleza y vulneraciones de derechos humanos.

También se han logrado victorias alrededor del mundo en casos emblemáticos por medio del litigio estratégico en asuntos ambientales que buscan frenar las dinámicas de injusticia ambiental y transformar las estructuras que promueven la desigualdad. Existen muchos ejemplos de grupos sociales que luchan por la conservación de los ríos, los bosques, la mitigación del cambio climático y la calidad del aire.

Sin embargo, el derecho ambiental no ha sido suficiente para abordar la complejidad de los conflictos ambientales que se presentan. A pesar del auge normativo ambiental pos Cumbre de la Tierra de Estocolmo en 1972 y del "enverdecimiento" de las constituciones con la consagración del derecho a un ambiente sano desde la década de 1990 a nivel mundial, en un reciente informe de ONU ambiente[5] se encontró que si bien es cierto que existe un gran número

---

[4] Se recomienda ver al respecto el mapa de conflictividad ambiental con todos los casos documentados alrededor del mundo en https://ejatlas.org/

[5] Para conocer mayores detalles sobre el documento, se puede consultar https://www.unenvironment.org/es/noticias-y-reportajes/comunicado-de-prensa/se-registra-gran-aumento-de-leyes-ambientales-en-los

de leyes ambientales, los principales retos están en su implementación y cumplimiento efectivo. La escasa coordinación entre las instituciones del Estado, la corrupción y la débil participación ciudadana son algunas de las causas.

Adicional a lo anterior, según cifras de Global Witness[6], el mundo es más peligroso que nunca para defender la tierra y el ambiente. En 2018 se cometieron 164 asesinatos y dos países de América Latina, Colombia y Brasil encabezan el listado de los lugares más riesgosos para esta labor. Exigir la efectividad de las leyes ambientales, demandar a las empresas por el incumplimiento de estándares ambientales, pedir evaluaciones de impacto ambiental fuertes han sido algunas de las razones por las cuales los defensores están siendo amenazados por corporaciones, actores armados e incluso por sus propios gobiernos. Actualmente, la defensa del ambiente la hacen todo tipo de personas: hombres, mujeres, niños, periodistas, líderes sociales y pueblos indígenas sin importar su nacionalidad, religión o afiliación política en todos los países del mundo. Desafortunadamente esta defensa se ha vuelto muy insegura, pues afecta intereses políticos y económicos de otros actores, lo cual es inaceptable desde el punto de vista de los derechos humanos y genera un escalamiento de la conflictividad ambiental.

Estructura y metodología del capítulo

Este capítulo está dividido en tres partes. La primera, en la que se establecen elementos conceptuales sobre el contexto, la definición, las características y las tipologías de los conflictos ambientales. La segunda, a través de la cual fueron seleccionados algunos enfoques para el análisis de conflictos que pueden ser particularmente relevantes para el estudio de la región de América Latina y la tercera, en donde se aborda una propuesta para el manejo de conflictos ambientales en la región por medio de la hipótesis de que el nuevo Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental, a través de los estándares que establece sobre los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales y sus medidas sobre los defensores ambientales, es un instrumento para la transformación positiva y el desescalamiento de los conflictos en los países latinoamericanos. Finalmente, se presenta una sección de conclusiones.

---

[6] Informe de julio de 2019, en https://www.globalwitness.org/es/campaigns/environmental-activists/enemigos-del-estado/

Para ello, este capítulo fue desarrollado bajo el enfoque cualitativo de investigación y la técnica de análisis documental. Fueron consultados libros, artículos científicos y literatura gris a través de diferentes bases de datos en línea en español e inglés. Para la selección de las fuentes estudiadas se utilizó el criterio de métricas de impacto de los documentos como el número medio de citas, el prestigio de las revistas y el indicador de impacto de producción de cada autor.

1. Contexto general de la conflictividad ambiental para abordar enfoques de análisis de los mismos

La revisión de la literatura muestra que la definición y las causas del conflicto han sido caracterizadas de manera diferente por parte de los investigadores y las disciplinas. La bibliografía que aborda los fundamentos teóricos de la conflictividad ambiental es sumamente extensa y este capítulo no pretende abordar cada una de ellas, sino determinar algunas líneas necesarias para su análisis.

En ese orden de ideas, es importante empezar señalando que tradicionalmente el conflicto emerge de intereses contradictorios sobre recursos escasos, objetivos distintos e insatisfacción respecto de las dinámicas de acceso, uso y aprovechamiento de estos[7]. El conflicto está caracterizado por dinámicas que ocurren entre actores independientes que experimentan respuestas negativas y contradictorias frente a sus intereses y obstrucciones para cumplir sus objetivos[8]. Los conflictos ambientales están relacionados con la degradación ambiental e involucran aspectos sociales y, en algunos casos, incluso la violencia. Alrededor del mundo, muchos conflictos ambientales se asocian también con la satisfacción de necesidades básicas como alimentación y acceso al agua[9].

En América Latina, la mayoría de los conflictos ambientales están vinculados a industrias extractivas como la minería y la explotación de hidrocarburos

---

[7] Velez-Torres, I. y Vélez Galeano, H., "Plexos conflictivos: una visión territorial e histórica de los conflictos ambientales en la cuenca alta del río Cauca", *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 42, n.º 1 (2019), pp. 177-206. DOI: https://doi.org/10.15446/rcs.v42n1.73181

[8] Solomon, N., Birhane, E., Gordon, C., Haile, M., Taheri, F., Azadi, H. y Scheffran, J., "Environmental impacts and causes of conflict in the Horn of Africa: A review", *Earth-Science Reviews*, vol. 177 (2018), pp. 284-290, p. 284. DOI: https://doi.org/10.1016/j.earscirev.2017.11.016

[9] Asteria, D., Suyanti, E., Utari, D. y Wisnu, D., "Model of Environmental Communication with Gender Perspective in Resolving Environmental Conflict in Urban Area (Study on the Role of Women's Activist in Sustainable Environmental Conflict Management)", *Procedia Environmental Sciences*, n.º 20 (2014), pp. 553-562, p. 554. DOI: https://doi.org/10.1016/j.proenv.2014.03.068.

convencionales y no convencionales y han aumentado de manera significativa durante las últimas décadas[10]. Los proyectos mineros y petroleros de gran escala son las actividades humanas más contenciosas en el planeta, pues, por una parte, brindan infraestructura socioeconómica de tipo médico, carreteras y escuelas pero, por otra parte, pueden generar consecuencias severas e irreversibles de violencia, degradación y deterioro de condiciones ambientales y territoriales para las comunidades[11].

El origen de esta situación se cataloga principalmente como un problema de gobernanza extractiva[12] que surge de una inadecuada distribución de las rentas, de las formas de participación y de falta de transparencia[13]. Con frecuencia, estas disputas surgen en países en vía de desarrollo relacionadas con políticas de uso de la tierra, agricultura, temas forestales, y proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales[14].

De acuerdo con Rincón-Ruiz et al., las tres características principales de los conflictos ambientales son:

> i) la politización de los problemas ambientales que ocurren cuando algunos actores son dejados a un lado para que otros tomen el poder sobre los recursos naturales colectivos determinando las decisiones y las intervenciones; ii) la ecologización de conflictos preexistentes inducidos por cambios en las políticas de conservación o uso de los recursos

---

[10] Merino Acuña, R., "The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts", *The Extractive Industries and Society*, vol. 2, n.º 1 (2015), pp. 85-92. DOI: https://doi.org/10.1016/j.exis.2014.11.007

[11] Buchanan, K. S., "Contested discourses, knowledge, and socio-environmental conflict in Ecuador", *Environmental Science & Policy*, vol. 30 (2013), pp. 19-25. DOI: https://doi.org/10.1016/j.envsci.2012.12.012

[12] Para Merino, la gobernanza extractiva consiste en los arreglos institucionales que justifican y legitiman el extractivismo y las actividades económicas que remueven grandes cantidades de recursos naturales, principalmente minerales, pero también pesqueros y forestales de los países en desarrollo en áreas usualmente habitadas por pueblos indígenas o comunidades vulnerables. Estas actividades están conectadas generalmente con el desarrollo de obras de infraestructura de tipo vial o eléctrico para facilitar las industrias extractivas. Merino Acuña, R., "The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts", cit.

[13] Barrow, C. J., "How is environmental conflict addressed by SIA?", *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 30, n.º 5 (2010), pp. 293-301. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eiar.2010.04.001

[14] Hotte, L., "Environmental Conflict and Natural Resources", *Encyclopedia of Energy, Natural Resource, and Environmental Economics*, vol. 3 (2013), pp. 261-270. DOI: https://doi.org/10.1016/B978-0-12-375067-9.00011-5

> naturales y, iii) la confrontación o disputa entre los diferentes grupos sociales que están a favor o en contra de intervenciones, desarrollos, proyectos que impactan el ambiente[15].

En este marco, la justicia ambiental surge precisamente para corregir contextos de desigualdad y asimetrías en la distribución de los recursos y las dinámicas de apropiación de estos.

Particularmente en los países andinos, la distribución de los conflictos responde a las características del metabolismo industrial de los mismos y al desarrollo económico basado en una canasta de exportación de recursos naturales. De acuerdo con Pérez-Rincón, se contabilizan 296 conflictos a 2019, de los cuales 122 ocurren en Colombia, 58 en Ecuador, 76 en Perú y 40 en Bolivia. El extractivismo en estos países causa disputas ambientales relacionadas principalmente con los combustibles fósiles y la construcción de hidroeléctricas. Los protagonistas y los actores más afectados por los conflictos ambientales son los pueblos indígenas, las comunidades afrodescendientes y los campesinos. En estos conflictos, además de los impactos ambientales, también se encuentran los sociales, como la privación de la tierra, la incertidumbre laboral y la pérdida de la identidad cultural[16].

Para afrontar la conflictividad se han diseñado diferentes caminos que han demostrado ser efectivos para transformar esta situación. Al respecto, múltiples formas de conocimiento ambiental se han empleado por los actores sociales en sus ejercicios de poder utilizando discursos ambientales que pueden incidir en las dinámicas de aceptación de sus posiciones para el empoderamiento o desempoderamiento frente a otros sectores[17].

De acuerdo con la figura 1, las formas de acción colectiva más empleadas en los conflictos ambientales son el uso del derecho a través de peticiones oficiales de información, seguido por la protesta y la movilización pacífica, las

---

[15] Rincón-Ruiz, A., Rojas-Padilla, J., Agudelo-Rico, C., Perez-Rincon, M., Vieira-Samper, S. y Rubiano-Paez, J., "Ecosystem services as an inclusive social metaphor for the analysis and management of environmental conflicts in Colombia", *Ecosystem Services*, n.º 37 (2019), pp. 1-13, p. 1. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecoser.2019.100924

[16] Pérez-Rincón, M., Vargas-Morales, J. y Martinez-Alier, J., "Mapping and Analyzing Ecological Distribution Conflicts in Andean Countries", *Ecological Economics*, n.º 157 (2019), pp. 80-91. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2018.11.004

[17] Buchanan, K. S., "Contested discourses, knowledge, and socio-environmental conflict in Ecuador", cit., p. 24.

marchas, el activismo y la difusión en medios de comunicación. En último lugar, aparece el uso de la violencia.

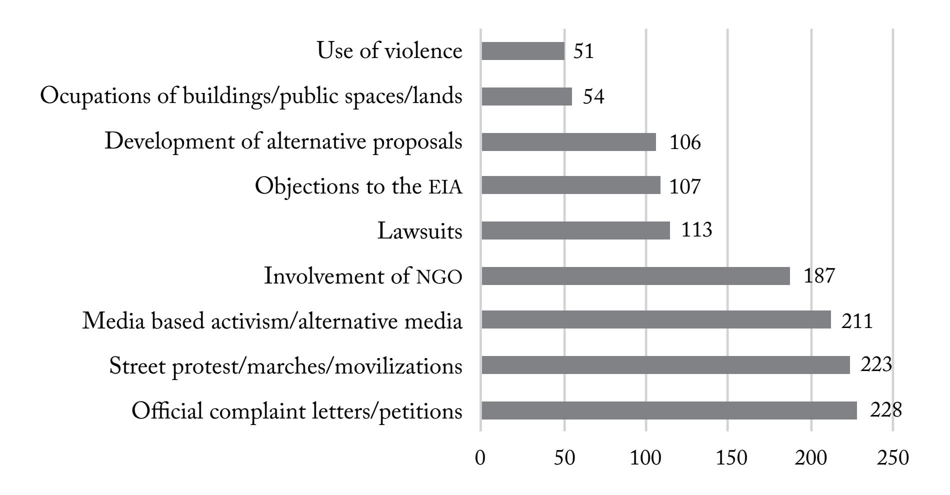


Figura 1. Formas de movilización en los conflictos ambientales de los países de la región Andina

Fuente: Pérez-Rincón et al., "Mapping and Analyzing Ecological Distribution Conflicts in Andean Countries", p. 87.

Se puede observar también que se presentan demandas judiciales por vulneraciones o amenaza de vulneración de derechos humanos, y denuncias frente a los cerca de 75 casos de muertes y desapariciones de defensores ambientales en los países andinos[18]. Sobre este último punto es preciso mencionar que los líderes ambientales además están siendo víctimas de represión y militarización, criminalización y desplazamientos de sus tierras.

1.1. Una propuesta de clasificación de los conflictos ambientales

Así como existen múltiples definiciones sobre el concepto de conflicto ambiental, existen diversas maneras de clasificarlos dependiendo de la aproximación disciplinar y la perspectiva de cada uno de los autores. En este texto se propone una tipología flexible que parte de la clasificación de Martínez-

[18] Pérez-Rincón et al., "Mapping and Analyzing Ecological Distribution Conflicts in Andean Countries", cit., p. 80.

Alier[19] y que no busca ser exhaustiva. Por el contrario, se trata de entender los conflictos en cuatro grandes categorías de acuerdo con el objeto de los mismos y su complejidad.

Como se observa en la figura 2, con el sentido de las flechas, cada una de las categorías se encuentra relacionada con la otra en la medida en que los conflictos son escenarios dinámicos y heterogéneos que generalmente involucran más de una dimensión y que, en términos ambientales, esto se refleja en la interrelación que se presenta entre los diferentes elementos de la naturaleza y las actividades humanas[20].

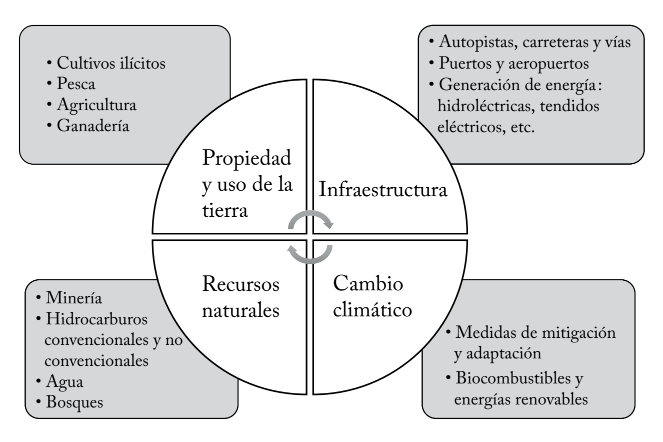


Figura 2. Tipologías de conflictos ambientales

Fuente: elaboración propia con base en Martínez-Alier, "Conflictos ecológicos y justicia ambiental", *Revista Papeles*, n.º 103 (2008), pp. 11-27. Citado por Mesa, *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*, cit.).

La figura 2 plantea que un conflicto ambiental puede abarcar una o más tipologías, lo cual está muy relacionado con la escala geográfica y territorial donde se presente. Por ejemplo, los conflictos de uso de la tierra por ganadería extensiva o monocultivos también tienen que ver con medidas de mitigación del cambio climático y con la deforestación que producen.

Así, cuando se clasifican los conflictos es preciso incorporar una mirada integradora para entender su complejidad y contemplar diferentes caminos

---

[19] Martínez-Alier, "Conflictos ecológicos y justicia ambiental", *Revista Papeles*, n.º 103 (2008), pp. 11-27. Citado por Mesa, G., *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*, cit.

[20] Iojă, I.-C., Hossu, C.-A., Niță, M.-R., Onose, D.-A., Badiu, D.-L. y Manolache, S., "Indicators for Environmental Conflict Monitoring in Natura 2000 Sites", *Procedia Environmental Sciences*, vol. 32 (2016), pp. 4-11. DOI: https://doi.org/10.1016/j.proenv.2016.03.007.

para analizarlos. En la siguiente sección han sido seleccionados algunos de los principales enfoques que pueden orientar esta tarea en el contexto de los países de la región latinoamericana.

2. Principales enfoques para el análisis de los conflictos ambientales en América Latina

2.1. Impactos del conflicto armado sobre el ambiente

Esta perspectiva analiza las relaciones que existen entre los conflictos violentos que surgen entre grupos armados al margen de la ley, los Estados y los efectos adversos que estos generan sobre la naturaleza. Dentro de este enfoque se encuentran cuatro clasificaciones generales: i) conflicto interno, en el cual los poderes del Estado son restringidos por el uso de las armas por parte de otros actores; ii) conflicto internacional, ocurre cuando están involucrados por los menos dos países; iii) conflicto no estatal, en donde se usa la fuerza armada entre actores que no pertenecen a la estructura del Estado, y iv) conflicto extraestatal, en el cual están involucrados individuos de un amplio contexto fuera de los límites regionales[21].

Los efectos ambientales de los conflictos armados generalmente están categorizados como directos o indirectos. Los impactos directos son aquellos que físicamente están relacionados a la acción militar en determinadas áreas y que se observan en el corto plazo, estos incluyen la destrucción deliberada de los recursos naturales y los ecosistemas y contaminación ambiental por el bombardeo de infraestructura industrial. Por otra parte, los impactos indirectos se observan en el mediano o largo plazo y aunque están relacionados con el conflicto armado también tienen injerencia de otros factores como el desplazamiento de poblaciones, el colapso de la gobernanza institucional o la falta de financiación para la protección ambiental[22].

Uno de los impactos más devastadores del conflicto armado sobre el ambiente es la pérdida de cobertura boscosa. Países como Colombia o Nicaragua presentan altísimas tasas de deforestación en áreas de bosque que antes

---

[21] Gallego Dávila, J., Azcárate, J. y Kørnøv, L. "Strategic Environmental Assessment for development programs and sustainability transition in the Colombian post-conflict context", *Environmental Impact Assessment Review*, n.º 74 (2019), pp. 35-42. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eiar.2018.10.002

[22] Solomon, N. et al., "Environmental impacts and causes of conflict in the Horn of Africa: A review", cit., p. 285.

servían como lugares para la guerra y resguardo de actores al margen de la ley[23]. El posconflicto abre estas zonas a la ganadería extensiva y a la agricultura, lo cual genera también graves implicaciones sobre la biodiversidad y su preservación, pues los conflictos armados generalmente ocurren en áreas de vasta biodiversidad. Paradójicamente, el conflicto armado tiene un efecto protector del ambiente y cuando este cesa las políticas en la materia deben ser integradas en los programas militares y humanitarios para evitar su destrucción por los patrones económicos y de movilidad humana[24].

Los efectos de los conflictos humanos sobre la fauna y la flora también están relacionados con el uso de pesticidas frente a cultivos ilícitos y la mortalidad de la vida silvestre por causa de las minas antipersona. Así mismo, los impactos sobre el suelo son dramáticos por el uso de metales pesados, combustibles, sustancias explosivas, elementos radioactivos, entre otros, y para la construcción de infraestructura defensiva, maquinaria y armamento. Otros impactos impresionantes sobre este último punto son la erosión y la desertificación de los suelos, lo que produce pérdida de la cobertura vegetal, cambios sobre la topografía y contaminación de las aguas superficiales y subterráneas[25].

2.2. Resistencia indígena e industrias extractivas

Este enfoque se fundamenta en la dependencia económica y la acumulación de la desposesión espiritual y material sobre la tierra, la salud y las formas de vida que generan las actividades basadas en la extracción de recursos naturales sobre los derechos y la cosmología propia de los pueblos indígenas en los países del Sur Global, como los andinos y los amazónicos[26]. La visión de desarrollo de los pueblos indígenas, por el contrario, se basa en una relación distinta entre los seres humanos y la naturaleza en donde no existen seres dominantes sobre otros. La

---

[23] Gallego Dávila, J. et al., "Strategic Environmental Assessment for development programs and sustainability transition in the Colombian post-conflict context", 2019.

[24] Solomon, N. et al., "Environmental impacts and causes of conflict in the Horn of Africa: A review", cit., p. 289.

[25] Rodrigues, V. S., do Valle Júnior, R. F., Sanches Fernandes, L. F. y Pacheco, F. A. L., "The assessment of water erosion using Partial Least Squares-Path Modeling: A study in a legally protected area with environmental land use conflicts", *Science of The Total Environment*, n.º 691 (2019), pp. 1225-1241. DOI: https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2019.07.216.

[26] Merino Acuña, R., "The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts", cit.

interacción se basa en un intercambio armónico entre especies y en una lógica de velar por los intereses colectivos y del bien común.

Para las cosmogonías indígenas, la relación con el territorio está fundamentada en el respeto del mismo, de los seres que lo habitan y en el reconocimiento de derechos de la madre tierra. Los asuntos ecológicos constituyen para ellos elementos esenciales de su manera de entender el mundo, pues los consideran determinantes para garantizar su sobrevivencia, la protección del conocimiento y saberes ancestrales, y su derecho a la autodeterminación. Actualmente, esta mirada ha sido incorporada en el campo de las políticas públicas, de los diseños jurídicos y del activismo en algunos países de América Latina a través de nuevos discursos como el "buen vivir" en un esfuerzo de los movimientos indígenas de transformar las posturas clásicas de los Estados[27].

En este sentido, los conflictos relacionados con los pueblos indígenas y las industrias extractivas emergen de profundas diferencias frente la visión de desarrollo de estos y las políticas de gobernanza que las promueven. De acuerdo con este análisis, el desarrollo de proyectos extractivos ignora la forma en que los pueblos indígenas, y en general las comunidades tribales, entienden y se relacionan con la naturaleza e invisibiliza que su concepción se opone a entender la naturaleza como un bien económico sujeto de apropiación. Sumado a lo anterior, en el estudio de conflictos en la región latinoamericana se encuentra que los pueblos indígenas cuentan con una deficiente representación y participación política en los espacios de toma de decisiones y, desde una perspectiva decolonial, son representados como grupos con poca capacidad de incidencia y relevancia[28].

En esta lógica, las políticas económicas extractivas promueven la desigualdad, empobrecen a las comunidades y niegan la identidad indígena. De allí la importancia de reconocer y valorar sus diversas formas de pensamiento y promover fronteras que preserven su cultura y su derecho a establecer formas de desarrollo propio en sus territorios.

---

[27] Pérez-Rincón, M. et al., "Mapping and Analyzing Ecological Distribution Conflicts in Andean Countries", cit.

[28] Velez-Torres, I. y Vélez Galeano, H., "Plexos conflictivos: una visión territorial e histórica de los conflictos ambientales en la cuenca alta del río Cauca", cit.

2.3. Perspectiva de género para el manejo del conflicto ambiental: el rol de la mujer activista

La degradación ambiental y los efectos negativos de los conflictos afectan de manera especial y desproporcionada a muchas mujeres en el mundo. Existen innumerables casos de mujeres marginalizadas que pertenecen a grupos vulnerables y que trabajan para persuadir a sus comunidades sobre la importancia de proteger y conservar el ambiente. Las mujeres actúan como agentes de cambio que pueden responder mucho mejor a los problemas ambientales y a los desastres naturales que los hombres. Las mujeres y los hombres tienen diferentes necesidades relativas al ambiente y por esta razón ocupan diferentes roles. El involucramiento de las mujeres activistas en los medios de comunicación y en todos los niveles de construcción de paz ambiental y de manejo de conflictos ha demostrado ser un activo social a favor del desarrollo sostenible[29].

De esta manera, el papel de las mujeres para el manejo de conflictos ambientales es crucial porque ellas buscan evitar que la crisis se genere o prevenir que la contaminación ocurra a través de diversos mecanismos de participación y de difusión de información. Este enfoque posiciona la comunicación ambiental como una manera de modificar las percepciones de las personas sobre la necesidad de cuidar su entorno y diseminar un mensaje sobre la urgencia de realizar medidas que se anticipen a la contaminación, a la destrucción de los ecosistemas y al agotamiento definitivo de los recursos naturales.

El concepto de género está socialmente construido sobre el valor de la feminidad. Desde un análisis cultural, este representa una orientación hacia la calidad de vida, el cuidado, la generosidad, la empatía y la maternidad. Justamente, la gestión ambiental requiere de estos aspectos en la relación humana con la naturaleza. Las mujeres tienden a preocuparse más por el deterioro ambiental y a esta perspectiva se le conoce teóricamente como el ecofeminismo. En este sentido, el uso de las habilidades de las mujeres a través del concepto de comunicación ambiental busca la distribución de un mensaje persuasivo desde la perspectiva de la feminidad. Este tipo de comunicación puede ayudar a las partes involucradas en un conflicto a separar sus emociones de una variedad de problemas,

[29] Asteria, D. et al., "Model of Environmental Communication with Gender Perspective in Resolving Environmental Conflict in Urban Area…", p. 554.

evitando malentendidos y permitiéndoles negociar sus propios intereses en orden de alcanzar acuerdos que beneficien a ambas partes o a todas las partes[30].

El manejo de conflictos ambientales basado en un enfoque de capacidades de comunicación de las comunidades y especialmente de las mujeres provee una oportunidad para los ciudadanos de participar con acceso abierto en la toma de decisiones, por ejemplo, sobre los recursos naturales con el fin de garantizar el derecho al ambiente sano y el desarrollo sostenible. Las mujeres activistas priorizan un enfoque de comunicación con el fin de mantener relaciones más armónicas que generen bienestar para sus comunidades. Ellas prefieren esfuerzos de mediación y negociación para abordar los conflictos ambientales, lo cual provee a todas las partes afectadas (gobiernos, sociedad civil, industrias) escenarios de diálogo, monitoreo e implementación participativa que quizá no podrían alcanzarse si el conflicto se judicializara y llegara a los tribunales[31].

2.4. Escrutinio público y mediatización del conflicto ambiental

Este enfoque analiza la interacción entre diferentes actores y cómo estas interacciones cambian el curso y los resultados del conflicto ambiental. Explora cómo los medios influencian el debate público y las opiniones de quienes hacen reclamaciones ambientales y sobre los tomadores de decisiones. Se ponen bajo el lente público las decisiones sobre los ecosistemas, los recursos naturales y los efectos que estas generan y de allí surgen preguntas como ¿quién está siendo afectado? y ¿quién debe responder y cómo? El uso de los medios no solo permite que la información sea ampliamente difundida, sino también que los valores y opiniones sobre el tema se pongan en la arena pública.

La teoría del conflicto mediatizado de Hutchins y Lester señala también que los medios son clave en la manera en cómo se construye y luego como se conduce el conflicto. Esto se puede medir a través del número de artículos en prensa escrita y digital sobre los conflictos y a través de instrumentos que puedan medir la percepción de la comunidad[32].

A partir de esta teoría también es posible identificar a los actores cuyas voces son escuchadas y aparecen de manera recurrente en las notas de prensa o

[30] Ibíd., p. 556.

[31] Ibíd., p. 562.

[32] Cullen-Knox, C. et al., "Publicised scrutiny and mediatised environmental conflict: The case of Tasmanian salmon aquaculture", cit.

entrevistas. Al respecto, también se deben considerar los recursos y los contactos de los diferentes actores del conflicto para diseñar campañas y acceder a los medios más poderosos, y los reclamos hechos por expertos o por los científicos. Justamente, la falta de participación de estos últimos genera riesgos en la construcción del discurso ambiental, pues los argumentos se elaboran con falta de evidencia, vacíos, ambigüedad en los términos e incertidumbre sobre los posibles impactos del conflicto. Este análisis revela cómo las noticias en los medios de comunicación influencian las respuestas de los diferentes sectores, las miradas, los discursos e incluso cambian roles y responsabilidades de actores clave[33].

2.5. Abordaje de conflictos ambientales a través del método de *framing*

Este enfoque parte del abordaje metodológico *framing* o encuadre, el cual consiste en "el proceso cognitivo en donde individuos y grupos filtran sus percepciones, interpretaciones y entendimientos sobre situaciones complejas en formas consistentes con sus propias visiones y experiencias sociopolíticas, económicas, y culturales sobre el mundo"[34]. La utilidad práctica de esta aproximación en el manejo de conflictos ambientales está en clarificar, simplificar y comunicar a los actores involucrados en la disputa, las raíces de sus respectivas posiciones e intereses con el fin de facilitar el entendimiento mutuo y el abordaje de estas.

En asuntos ambientales, este entendimiento ofrece información indispensable para abordar asuntos relevantes para los estudios de geografía y planificación, como los conflictos relacionados con componentes espaciales como la propiedad de la tierra y sus usos, la competencia por los recursos hídricos, el control territorial y la relación entre los asentamientos humanos y el ambiente.

En estos casos, los marcos son usados como lentes interpretativos que delimitan un rol, una percepción o una interpretación de una situación específica. En los conflictos ambientales que involucran pilares geográficos los marcos permiten caracterizar actores, riesgos, el tipo de información que se podría aplicar a esa situación y cómo podrían tomarse las decisiones para abordarlos. Los marcos pueden estar clasificados principalmente en cinco catego-

---

[33] Ibíd.

[34] Shmueli, D. F., "Framing in geographical analysis of environmental conflicts: Theory, methodology and three case studies", *Geoforum*, vol. 39, n.º 6 (2008), pp. 2048-2061, p. 2048. DOI: https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2008.08.006.

rías: i) de identidad y valores de una sociedad, como la justicia y los derechos; ii) de expresión, sobre como los partidos comunican los resultados deseados del conflicto; iii) sustantivos, respecto de cómo los actores del conflicto se relacionan en torno a aspiraciones, tensiones y resultados; iv) del proceso, de cómo y quien toma las decisiones (la estructura del conflicto); y v) de caracterización de los comportamientos de la partes, como las industrias, los movimientos ambientalistas y las autoridades gubernamentales[35].

De este modo, este enfoque permite delinear las causas de los conflictos partiendo de la premisa de que cuando los actores entienden las percepciones, los comportamientos y los objetivos en un determinado contexto geográfico pueden desarrollar un lenguaje común que les permita dialogar entre ellos. Esto no garantiza que el conflicto se resuelva, pero abre oportunidades de negociación y mediación con base en marcos de información y se presenta como una herramienta para el manejo de conflictos ambientales en áreas de interés de la geografía política y social como los contextos urbanos y rurales[36].

2.6. Enfoque de capacidades para conducir conflictos ambientales

Este enfoque se fundamenta en la premisa de vivir una buena vida más allá de la acumulación de recursos. Allí lo que importa es el "buen vivir" basado en los valores, las capacidades y las libertades de las personas. Desde esta perspectiva, existen tres factores importantes: el personal, el social y el ambiental. En este último, están incluidos la gestión del territorio, el uso de los recursos naturales y su relación con la salud humana. Es bien sabido que el ambiente natural contribuye al bienestar humano de muchas maneras, y estas relaciones se estudian desde la huella ecológica y social, del capital natural o desde las políticas ambientales y en algunas contribuciones teóricas a esa conexión se ha incorporado el enfoque de capacidades[37].

Esta perspectiva considera cuatro grandes bloques de elementos: i) los bienes y servicios disponibles para abordar el conflicto, como los aspectos económicos y financieros; ii) factores organizacionales, legales y sociales como el apoyo público, y ambientales, como el grado de afectación por contamina-

---

[35] Ibíd., p. 2051.

[36] Ibíd., p. 2060.

[37] Griewald, Y. y Rauschmayer, F., "Exploring an environmental conflict from a capability perspective", *Ecological Economics*, vol. 100 (2014), pp. 30-39. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2014.01.001

ción por exposición a un determinado agente; iii) las capacidades, en donde se analiza la posibilidad de implementar o no mecanismos de participación, de llevar un caso a la corte, o de acceder a información actualizada y completa y, iv) la toma de medidas y decisiones y el margen para lograr implementarlas[38].

Este enfoque es muy útil para el análisis de los conflictos en la medida que permite identificar factores relevantes para la transformación del conflicto, su funcionalidad, su interrelación y caracterizar a los actores. Además, puede servir de referente para tratar conflictos de carácter similar entre sí. También permite a quien estudia el conflicto identificar sus fortalezas, oportunidades y debilidades.

2.7. La democracia ambiental y su potencialidad para el tratamiento de conflictos

Este enfoque está basado en la implementación efectiva de los derechos de acceso a la información, a la participación pública y a la justicia en asuntos ambientales para el abordaje de conflictos ambientales, establecidos en el Principio 10 de la Declaración de Río de Janeiro sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, los cuales hoy son considerados como los tres pilares de la democracia ambiental. Parte de la base de que la garantía de estos tres derechos desescala la conflictividad ambiental.

En el ámbito internacional, ya existen dos instrumentos jurídicos vinculantes por medio de los cuales los países se obligan a garantizar específicamente estos derechos: la Convención de Aarhus para Europa y Asia, y el Acuerdo de Escazú para América Latina y el Caribe. Estos dos instrumentos están en el núcleo de las relaciones entre los gobiernos, el sector privado y la sociedad civil, y materializan el concepto de democracia ambiental. No son solo tratados multilaterales ambientales, sino que también involucran la protección de derechos humanos y de valores fundamentales de la administración pública como la transparencia y la rendición de cuentas. Particularmente, el Acuerdo de Escazú hace un reconocimiento muy importante a la labor de quienes se dedican a defender el ambiente y el territorio, y realiza un llamado a los Estados para establecer entornos seguros y adecuados para esta defensa.

El primero de ellos, la Convención de Aarhus, que surgió desde 1998, y de la cual hacen parte 47 países europeos y asiáticos, desarrolló los tres derechos de acceso a la información, a la participación pública y a la justicia

[38] Ibíd., p. 38.

en asuntos ambientales y, más recientemente en 2018, los países de América Latina y el Caribe adoptaron el segundo de estos, conocido como el Acuerdo de Escazú, que estableció estándares de aplicación sobre este mismo tema con el fin de lograr una gestión ambiental incluyente y participativa que garantice el desarrollo sostenible y los derechos de las generaciones futuras en esta región (Casado, 2018). El Acuerdo de Escazú entrará en vigor cuando 11 Estados lo hayan ratificado y su implementación será la hoja de ruta de la democracia ambiental latinoamericana y caribeña del futuro, respecto de los siguientes estándares mínimos.

Tabla 1. Estándares mínimos sobre democracia ambiental

	Derechos de acceso en asuntos ambientales		
	Información	**Participación**	**Justicia**
Estándares	Máxima publicidad	Oportunidad	Judicial a través de acciones jurídicas
	Acceso libre y sin restricciones	Definición de mecanismos y estándares	Administrativa: procedimientos administrativos sancionatorios
	Gratuidad	En todas las etapas	Gratuidad
	Acceso diferencial y formato accesible	En procedimientos administrativos y políticos	Órganos especializados
	Plazo máximo	Plazo razonable	Plazo razonable
	Difusión	Culturalmente adecuada	Cumplimiento de los fallos
Defensores ambientales: garantizar entornos seguros y propicios para su labor, adoptar medidas adecuadas y efectivas e investigar y sancionar amenazas y ataques.			

Fuente: elaboración propia.

3. ¿Cuál es método más apropiado para resolver o manejar un conflicto ambiental?

Rauschmayer y Wittmer sostienen que dentro de los métodos de manejo de conflictos ambientales, la deliberación y la inclusión de los ciudadanos y los diversos actores sociales en los procesos participativos y de toma de decisiones es una de las herramientas con mayor potencial de transformación de las disputas[39]. Muchos conflictos en América Latina se generan justamente

[39] Rauschmayer, F. y Wittmer, H., "Evaluating deliberative and analytical methods for the resolution of environmental conflicts", *Land Use Policy*, vol. 23, n.º 1 (2006), pp. 108-122. DOI: https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2004.08.011

por deficiencias en los procesos tradicionales de difusión de información, de adopción de políticas y normas, o de autorización de proyectos de desarrollo e infraestructura.

La efectividad de este método está dada por la evaluación de las necesidades propias de cada conflicto como, por ejemplo, el contexto específico, las expectativas de los actores, las capacidades de los facilitadores, los problemas determinados, entre otros. De esta manera, no existe una fórmula única para seleccionar el mejor instrumento para la resolución de conflictos ambientales, sin embargo, sí hay rutas que han demostrado efectos positivos en el abordaje del conflicto como la participación pública, pues reporta ventajas como hacer explícitas las divergencias, facilita los consensos, promueve la legitimidad de las decisiones e instala procesos sociales de aprendizaje colectivo[40].

Varios de los enfoques presentados en la sección anterior, tales como el "encuadre", el de capacidades y la perspectiva de género, coinciden en determinar que la información, la participación pública y la justicia son factores determinantes para el abordaje transformador de conflictos ambientales. Por esta razón, en la siguiente sección de este capítulo se aborda la hipótesis de que el nuevo Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental, a través de los estándares que establece sobre los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales y sus medidas sobre los defensores ambientales, es un instrumento para la transformación positiva y el desescalamiento de los conflictos en los países latinoamericanos.

3.1. La utopía del ambientalismo latinoamericano: el Acuerdo de Escazú sobre democracia ambiental

En Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, 25 países de América Latina y el Caribe, y con la significativa participación del público, adoptaron por consenso un histórico tratado internacional que crea estándares de implementación de los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales consagrados desde 1992 en el Principio 10 de la Declaración sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de Río de Janeiro. Este acuerdo regional, ahora denominado "Acuerdo de Escazú", se empezó

[40] Ibíd., p. 116.

a negociar desde 2014 bajo la secretaría técnica de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Cepal, y alcanzó nueve rondas de discusión[41].

El objetivo de este novedoso instrumento jurídico es garantizar la completa y efectiva implementación en nuestra región de los derechos de acceso en la gestión ambiental con el fin de contribuir a la protección de los derechos a vivir en un ambiente sano y al desarrollo sostenible de las generaciones presentes y futuras. Este acuerdo de carácter vinculante es un triunfo colectivo sin precedentes para la región al incorporar medidas de avanzada sobre temas ambientales[42].

Los países de América Latina y el Caribe han recorrido un camino voluntario durante más de 25 años hacia la construcción de una arquitectura institucional y normativa para la materialización de los derechos de acceso, hoy reconocidos como los pilares de la democracia ambiental. El surgimiento del Acuerdo de Escazú sobre este tema marca una nueva ruta hacia el futuro que plantea un tránsito desde las acciones nacionales de carácter discrecional hacia un compromiso vinculante por garantizar la efectividad de estos derechos. De igual forma, es el primer tratado internacional en pedir a los Estados medidas efectivas y adecuadas de protección de los derechos humanos de los defensores ambientales y que se les generen entornos seguros[43].

El panorama actual de la región en este aspecto muestra, por una parte, la existencia de diversos desarrollos jurídicos y de políticas y prácticas que reflejan avances positivos y, por otra parte, que sin duda se requiere un enorme esfuerzo para disminuir el número de conflictos ambientales y de amenazas a los defensores, y que justamente el Acuerdo de Escazú plantea respuestas frente a dicha situación. Por ejemplo, la judicialización de los conflictos ambientales es ineficiente en términos de costos de toda índole y de tiempo,

---

[41] Médici Colombo, G., "El Acuerdo Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9 n.º 1 (2018). DOI: https://doi.org/10.17345/rcda2412

[42] Ipenza, C., "Un nuevo acuerdo regional para América Latina y el Caribe sobre el principio 10 de Río-Acuerdo de Escazú", *Lumen*, vol. 14, n.º 1 (2018), pp. 171-179. DOI: https://doi.org/10.33539/lumen.2018.v14n1.1213

[43] Tognoli, J. A., "Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)", *Anuario de Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacionales, 2018, p. 12.

y no necesariamente resuelve el conflicto, por lo tanto no es el único método ni el más efectivo[44].

Dentro de los beneficios del Acuerdo para los países que se hagan parte del mismo en materia de gobernanza ambiental, se encuentran la oportunidad de fortalecer sus instituciones y trabajar sobre las debilidades de los marcos legales y de política pública, así como el establecer estándares mínimos de implementación que se conviertan en un piso común para la lucha contra las problemáticas ambientales. También introduce elementos innovadores respecto de la creación y fortalecimiento de capacidades de los Estados parte; y de asistencia, movilización de recursos y cooperación Sur-Sur entre los países latinoamericanos y caribeños.

La entrada en vigor del Acuerdo determinará múltiples oportunidades para robustecer la gobernanza ambiental en América Latina y el Caribe, pero de igual forma, requerirá de altas dosis de voluntad política por parte de los gobiernos para lograr los ajustes internos necesarios que permitan que sus disposiciones permeen la estructura nacional; y de procesos de articulación que propicien alianzas desde un enfoque multinivel y multiactor.

El Acuerdo de Escazú ingresa al derecho internacional ambiental, con una perspectiva de derechos humanos en la gestión ambiental y con una mirada procedimental que complementa el contenido del derecho al ambiente sano. Los derechos de acceso a la información, a la participación y a la justicia en asuntos ambientales también han sido reconocidos por las Naciones Unidas como un instrumento fundamental para la implementación de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y de la Agenda 2030.

Estos tres pilares de la democracia ambiental son un medio para que los países de la región puedan demostrar de forma simultánea mayores y mejores avances en el cumplimiento de otros compromisos y agendas internacionales, como las obligaciones en temas de cambio climático, de otros acuerdos multilaterales ambientales, o las de los países miembros de la OCDE[45].

---

[44] Terrance. H. y Shogren, J. F., Environmental Conflicts and the SLAPP, *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 33, n.º 3 (1997), pp. 253-273. DOI: https://doi.org/10.1006/jeem.1997.0996

[45] Olmos, B. "Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 28, n.º 2 (2019), pp. 136-151. DOI: https://doi.org/10.1111/reel.12274.

Los treinta y tres países de la región aún están a tiempo de demostrar un compromiso real con el desarrollo sostenible y con la protección del ambiente a través de la firma y ratificación de este instrumento regional sin precedentes.

Conclusiones

Abordar y transformar conflictos ambientales en la era del antropoceno requiere de acciones urgentes para detener la degradación definitiva del planeta y para proteger a sus defensores. Son muchos los posibles futuros que se pueden imaginar para la humanidad, pero solo en algunos de ellos las sociedades modernas consiguen sobrevivir en un mundo como el que hoy se conoce. La defensa del planeta es una responsabilidad de todos los actores en los niveles local, nacional e internacional.

Para llevar a cabo esta tarea no se necesita ser abogado ni científico. Solo se requiere un poco de voluntad y empatía por los derechos e intereses colectivos. La responsabilidad de estas acciones no es solo de los políticos o los tomadores de decisiones. El rol de las personas en todos los sectores y en todos los niveles es clave para incorporar las cuestiones ambientales en las disposiciones legales, económicas, políticas y en la vida cotidiana.

Ninguna persona debería ver amenazada su vida o la de su familia por defender lo público. Es paradójico que defender los bienes colectivos implique riesgos para la integridad personal. Por ello, es determinante que los países tomen medidas contundentes, como ratificar e implementar instrumentos innovadores como el Acuerdo de Escazú, para detener esta situación, mejorar las medidas de protección y eliminar la impunidad sobre los crímenes cometidos.

En la actualidad, existen muchos enfoques para abordar la conflictividad ambiental desde diversas perspectivas y que son especialmente importantes por las características ambientales, políticas, sociales, culturales y económicas de América Latina: lo indígena, lo rural, el género, la violencia y la movilización social, entre muchos otros. Incorporar los planteamientos que cada uno de ellos establece es el reto de la gobernanza de los recursos naturales del siglo XXI y encontrar caminos que garanticen una efectiva protección del ambiente, el respeto de los derechos humanos, miradas de conservación desde lo local y la integración de diferentes culturas y saberes es la gran tarea del desarrollo sostenible en la región.

Bibliografía

Asteria, D., Suyanti, E., Utari, D. y Wisnu, D., "Model of Environmental Communication with Gender Perspective in Resolving Environmental Conflict in Urban Area (Study on the Role of Women's Activist in Sustainable Environmental Conflict Management)", *Procedia Environmental Sciences*, n.º 20 (2014), pp. 553-562. DOI: https://doi.org/10.1016/j.proenv.2014.03.068

Barrow, C. J., "How is environmental conflict addressed by SIA?", *Environmental Impact Assessment Review*, vol. 30, n.º 5 (2010), pp. 293-301. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eiar.2010.04.001

Buchanan, K. S., "Contested discourses, knowledge, and socio-environmental conflict in Ecuador", *Environmental Science & Policy*, vol. 30 (2013), pp. 19-25. DOI: https://doi.org/10.1016/j.envsci.2012.12.012

Casado Casado, L., "Acceso a la información, participación pública y acceso a la justicia en materia de medio ambiente: veinte años del Convenio de Aarhus", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9, n.º 1 (2018), pp. 1-10. DOI: https://doi.org/10.17345/2430

Médici Colombo, G., "El Acuerdo Escazú: La implementación del Principio 10 de Río en América Latina y el Caribe", *Revista Catalana de Dret Ambiental*, vol. 9 n.º 1 (2018). DOI: https://doi.org/10.17345/rcda2412

Cullen-Knox, C., Fleming, A., Lester, L. y Ogier, E., "Publicised scrutiny and mediatised environmental conflict: The case of Tasmanian salmon aquaculture", *Marine Policy*, n.º 100 (2019), pp. 307-315. DOI: https://doi.org/10.1016/j.marpol.2018.11.040

Gallego Dávila, J., Azcárate, J. y Kørnøv, L. "Strategic Environmental Assessment for development programs and sustainability transition in the Colombian post-conflict context", *Environmental Impact Assessment Review*, n.º 74 (2019), pp. 35-42. DOI: https://doi.org/10.1016/j.eiar.2018.10.002

Griewald, Y. y Rauschmayer, F., "Exploring an environmental conflict from a capability perspective", *Ecological Economics*, vol. 100 (2014), pp. 30-39. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2014.01.001

Hotte, L., "Environmental Conflict and Natural Resources", *Encyclopedia of Energy, Natural Resource, and Environmental Economics*, vol. 3 (2013), pp. 261-270. DOI: https://doi.org/10.1016/B978-0-12-375067-9.00011-5

Iojă, I.-C., Hossu, C.-A., Niță, M.-R., Onose, D.-A., Badiu, D.-L. y Manolache, S., "Indicators for Environmental Conflict Monitoring in Natura 2000 Sites",

Procedia Environmental Sciences, vol. 32 (2016), pp. 4-11. DOI: https://doi.org/10.1016/j.proenv.2016.03.007

Maldonado, M. A., *Antropoceno: la política en la era humana*, Barcelona, Taurus, 2018.

Mesa, G. (ed.), *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*, Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, Vicedecanatura de Investigación y Extensión, Instituto Unidad de Investigaciones Jurídico-Sociales Gerardo Molina, Unijus, 2015.

Merino Acuña, R., "The politics of extractive governance: Indigenous peoples and socio-environmental conflicts", *The Extractive Industries and Society*, vol. 2, n.º 1 (2015), pp. 85-92. DOI: https://doi.org/10.1016/j.exis.2014.11.007

Ipenza, C., "Un nuevo acuerdo regional para América Latina y el Caribe sobre el principio 10 de Río-Acuerdo de Escazú", *Lumen*, vol. 14, n.º 1 (2018), pp. 171-179. DOI: https://doi.org/10.33539/lumen.2018.v14n1.1213

Olmos, B. "Fostering environmental democracy in Latin America and the Caribbean: An analysis of the Regional Agreement on Environmental Access Rights", *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, vol. 28, n.º 2 (2019), pp. 136-151. DOI: https://doi.org/10.1111/reel.12274

Pérez-Rincón, M., Vargas-Morales, J. y Martinez-Alier, J., "Mapping and Analyzing Ecological Distribution Conflicts in Andean Countries", *Ecological Economics*, n.º 157 (2019), pp. 80-91. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecolecon.2018.11.004

Rauschmayer, F. y Wittmer, H., "Evaluating deliberative and analytical methods for the resolution of environmental conflicts", *Land Use Policy*, vol. 23, n.º 1 (2006), pp. 108-122. DOI: https://doi.org/10.1016/j.landusepol.2004.08.011

Rincón-Ruiz, A., Rojas-Padilla, J., Agudelo-Rico, C., Perez-Rincon, M., Vieira-Samper, S. y Rubiano-Paez, J., "Ecosystem services as an inclusive social metaphor for the analysis and management of environmental conflicts in Colombia", *Ecosystem Services*, n.º 37 (2019), pp. 1-13. DOI: https://doi.org/10.1016/j.ecoser.2019.100924

Rodrigues, V. S., do Valle Júnior, R. F., Sanches Fernandes, L. F. y Pacheco, F. A. L., "The assessment of water erosion using Partial Least Squares-Path Modeling: A study in a legally protected area with environmental land use conflicts", *Science of The Total Environment*, n.º 691 (2019), pp. 1225-1241. DOI: https://doi.org/10.1016/j.scitotenv.2019.07.216

Shapira, N., Housh, M. y Broitman, D., "Decision-makers matter: An operational model for environmental-economic conflict resolution". *Environmental*

Science & Policy, n.º 98 (2019), pp. 77-87. DOI: https://doi.org/10.1016/j.envsci.2019.05.010

Shmueli, D. F., "Framing in geographical analysis of environmental conflicts: Theory, methodology and three case studies", *Geoforum*, vol. 39, n.º 6 (2008), pp. 2048-2061. DOI: https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2008.08.006

Solomon, N., Birhane, E., Gordon, C., Haile, M., Taheri, F., Azadi, H. y Scheffran, J., "Environmental impacts and causes of conflict in the Horn of Africa: A review", *Earth-Science Reviews*, vol. 177 (2018), pp. 284-290. DOI: https://doi.org/10.1016/j.earscirev.2017.11.016

Terrance. H. y Shogren, J. F., Environmental Conflicts and the SLAPP. *Journal of Environmental Economics and Management*, vol. 33, n.º 3 (1997), pp. 253-273. DOI: https://doi.org/10.1006/jeem.1997.0996

Tognoli, J. A., "Desafíos de la democracia ambiental en el marco de la firma del Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe (Acuerdo de Escazú)", *Anuario de Relaciones Internacionales*, Instituto de Relaciones Internacional, 2018.

Vélez-Torres, I. y Vélez Galeano, H., "Plexos conflictivos: una visión territorial e histórica de los conflictos ambientales en la cuenca alta del río Cauca", *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 42, n.º 1 (2019), pp. 177-206. DOI: https://doi.org/10.15446/rcs.v42n1.73181

Conflicto antiextractivista y politización de la "cuestión ambiental" en el Ecuador (2007-2013)

Franklin Ramírez Gallegos*

Introducción. Rastreando la politización de la conflictividad ambiental

Desde los primeros días de la Asamblea Nacional Constituyente (ANC) convocada por Rafael Correa en 2007 ganaron eco una serie de controversias en torno a los nexos entre desarrollo y medio ambiente. La centralidad de semejante cuestión vino de la mano del propio énfasis que ciertos sectores de Alianza País (AP), el movimiento gobernante, atribuyeron a la construcción de una concepción alternativa de desarrollo desde sus primeros documentos doctrinarios: el Programa de Gobierno de AP (2006) y el Plan Nacional de Desarrollo (2007). Ambos textos insistían en buscar una redefinición del desarrollo desacoplándolo del imperativo del crecimiento económico y enfatizando en los límites biofísicos de toda actividad productiva. Este horizonte programático incubó una emergente comprensión gubernamental del desarrollo como "la consecución del *buen vivir* de todos y todas, en paz y armonía con la naturaleza y la prolongación indefinida de las culturas humanas"[1].

La idea del buen vivir, *sumak kawsay* en quechua, articulaba así la crítica ecológica con las demandas por reconocimiento de pueblos y nacionalidades. En medio de intensas polémicas, el proceso constituyente (2007-2008)

---

* Profesor-investigador del Departamento de Estudios Políticos de Flacso-Ecuador.

[1] Senplades (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador), *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*, Senplades, Quito, 2007, p. 51.

extendió el debate al respecto. Se puede decir incluso que en su transcurso se forjaron las bases para una radicalización de los sentidos del buen vivir en perspectivas que van del ecosocialismo[2] al posdesarrollismo[3]. El reconocimiento constitucional de los "derechos de la naturaleza" (art. 71) certificaba hasta qué punto la brújula aspiracional de los defensores de tales perspectivas parecía encumbrada como una de las líneas motrices del proyecto de cambio. Diversas narrativas públicas, oficiales y no, amplificaron desde entonces las significaciones del buen vivir.

Múltiples colectivos ecologistas y organizaciones de base territorial, en lo fundamental comunales y campesinas, tomaron muy en serio dichas aspiraciones. No tardaron, pues, en movilizarse contra decisiones gubernativas que, luego del fin de la ANC, otorgaban un marco legal a las actividades extractivas, extendían la frontera petrolera, (re) implantaban zonas mineras, o debilitaban el poder de las comunidades para incidir en dichas actividades, entre otras. Arropadas por las ilusiones del buen vivir, las luchas ambientales activadas en el curso del gobierno de Correa (2007-2017) impugnaron un modo de desarrollo que, aun cuando redobló la apuesta por la igualdad y recuperó el control estatal de los bienes naturales, no terminó por incorporar el respeto a la naturaleza y la participación de los pueblos como criterios constitutivos de la búsqueda del bienestar colectivo.

Ahora bien, a pesar de su nítido despegue, este abanico de movilizaciones estaría atravesado, como en el conjunto de la región, por alguna tendencia al *encapsulamiento* en los espacios (micro) locales que soportan los efectos directos de las actividades extractivas[4]. Dicho carácter se asocia con la lógica de enclave que subyace a la economía extractiva y, mientras deja en vulnerabilidad a los agentes locales frente a las empresas (transnacionales) y poderes estatales, favorece cierta intangibilidad de las luchas ambientales. En el caso ecuatoriano, esta suerte de confinamiento del conflicto se combina con el carácter *sectorial* de las reivindicaciones del ecologismo popular y, por tanto, con sus

---

[2] Le Quang, Matthieu, *Dejar el petróleo bajo tierra. La iniciativa Yasuní ITT*, Iaen, Quito, 2013.

[3] Acosta, Alberto, *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Friedrich-Ebert-Stiftung-ILDIS, Quito, 2010.

[4] Svampa, Maristella, "Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina", *Revista Osal*, n.º 32 (2012), pp. 15-38, pp. 6-7.

dificultades para proyectarse hacia lo nacional[5]. Se trata, en definitiva, de un cuadro de *acantonamiento* de las demandas ambientalistas que circunscribe su resonancia pública en determinada escala local y debilita su capacidad para impregnar con sus sentidos a más amplios sectores sociales[6].

Tal rasgo de las luchas socioambientales toca uno de los aspectos fundamentales del estudio de la conflictividad: su propensión a construir problemas sociales que se colocan como asuntos públicos, de interés común, en capacidad de irradiar al conjunto de la sociedad. Semejante cuestión puede ser formulada, en palabras de Melucci, como la productividad del conflicto para dar forma a un "espacio público intermedio" en que se gestan las condiciones para que los discursos y demandas sean escuchados y transformados en acción política (decisiones)[7]; o, en términos de Boltanski, como el proceso de "ascenso en generalidad"[8] de determinadas causas, demandas o movilizaciones que transitan de un estado fragmentario a su más amplio reconocimiento social sobre la base de ciertos principios generales que rigen en una comunidad política[9]. Tanto la formación de un espacio político intermedio como el ascenso hacia lo general se colocan como puntos de apoyo fundamental para la politización exitosa de los conflictos.

Este modo de abordar la cuestión se traslapa con aproximaciones a los procesos de politización que enfatizan ya sea en la construcción de discursos orientados a lo público —"public-spirited way of talking"[10]— o referidos a principios de justicia[11]; ya sea en las dinámicas de producción de un mundo en

[5] Latorre, Sara, "El ecologismo popular en el Ecuador: pasado y presente", *Revista Escuela Politécnica Nacional Quito-Ecuador*, n.º 1 (2015), pp. 1-42.

[6] Ramírez Gallegos, Franklin y Guijarro, Juan, "Équateur: une 'Révolution citoyenne' contestée", *État des résistences dans le Sud. Amérique Latina*, vol. 18, n.º 4 (2012), pp. 53-63.

[7] Melucci, Alberto, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*, El Colegio de México, México, 1999.

[8] Boltanski, Luc y Chiapiello, Eve, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, París, 1999.

[9] Ibíd.

[10] Eliasoph, Nina, *Avoiding politics: How Americans produce apathy in everyday life*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

[11] Hanna, Pitkin, "Justice: on Relating Public and Private", *Political Theory*, vol. 9, n.º 3 (1981), pp. 327-352.

común[12] o de alguna noción de ciudadanía común[13]; ya sea en las modalidades de des-singularización de causas[14] que, de otro modo, permanecerían atadas a específicos intereses, confinadas en el espacio privado o simplemente asumidas como parte del orden natural de las cosas[15]. De este modo, aún sin subsumirse, aumento en generalidad y politización convergen hacia un similar espacio analítico que interroga los modos en que determinados ciclos de lucha, campañas de movilización o terrenos de conflictividad política contribuyen a des-particularizar específicas problemáticas, a desplazarlas más allá de sus nichos originarios de formulación, a volverlas asuntos públicos resonantes para la colectividad.

Bajo esta perspectiva, luego de inscribir la movilización socio-ambiental en la más amplia disputa democrática configurada en el Ecuador entre 2007 y 2013, este trabajo indaga en el arranque de los procesos de politización de específicos conflictos de tal índole, a saber, en su capacidad para germinar problemas sociales que se categorizan como cuestiones de interés general. ¿Existe un efectivo acantonamiento del conflicto ambiental? ¿Han conseguido las vigentes luchas ambientales superar los escollos del encapsulamiento en específicos territorios y espacios sociales? ¿Qué elementos permiten discernir hacia qué lado del péndulo —particular/común; local/nacional/global; fragmentado/unificado; confinado/público— se desplaza tal tipo de conflicto? ¿Cómo estudiar estos procesos de politización en específicos ciclos de contienda?

Para dar cuenta de tales interrogantes este trabajo se apoya en el enfoque de los Campos de Conflictividad Política (CCP). Sin inscribirse en una visión substantiva de lo político, esta perspectiva sitúa puntos de referencia concretos para rastrear la propensión politizadora de determinada conflictividad: *visibilidad, irradiación e interpelación de los conflictos*. A partir de estas tres dimensiones el texto indaga en el estatus político de la conflictividad ambiental en los primeros años de gobierno de la Revolución Ciudadana.

---

12 Cefaï, Daniel, Carrel, Marion, Talpin, Julien, Eliasoph, Nina y Lichterman, Paul, "Ethnographies de la participation", *Participations*, n.º 3 (2012), pp. 7-48.

13 Benedicto, Jorge y Morán, María Luz, "¿Otra clase de politización? Representaciones de la vida colectiva y procesos de implicación cívica de los jóvenes en situación de desventaja", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 72, n.º 2 (2014), pp. 429-452. DOI: 10.3989/ris.2013.02.22.

14 Hamidi, Camille, "Éléments pour une approche interactionniste de la politization", *Revue française de science politique*, vol. 56, n.º 1 (2006), pp. 5-25.

15 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe Desarrollo Humano en Chile 2015: los tiempos de la politización*, PNUD, Santiago de Chile, 2015.

El trabajo está dividido en cuatro partes y las conclusiones. La primera presenta el enfoque de los CCP y su dispositivo analítico para entender la politización de la conflictividad. Las siguientes tres secciones hacen uso de tal dispositivo —analizando las tres dimensiones antes mencionadas: visibilización, irradiación e interpelación de los conflictos— para el caso de las luchas ambientales durante el primer gobierno de Correa (2007-2009) y en el curso del período posconstituyente (2009-2013).

1. Conflictividad de la política, politicidad del conflicto

No es de reciente data la diferenciación entre conflictos circunscritos al nivel de la acción colectiva (protesta, grupos de presión), de la coyuntura (episódicos) o de intereses puntuales (demandas corporativas) y aquellos que alcanzan una dimensión estructural, sistémica o histórica. El enfoque de los CCP retoma dicha distinción y forja un instrumental para identificar los conflictos estructurales que atraviesan determinado ciclo político[16]. Si algunas aproximaciones asocian tal tipo de conflictividad con cambios de magnitud, con la construcción de órdenes normativos o con la formación de sujetos políticos, esta perspectiva estudia tales vínculos desde una óptica particular: la productividad del conflicto para hacer emerger problemáticas sociales, cuestiones públicas o controversias sociales que dibujan las coordenadas del litigio democrático en determinado ciclo político. Dicha productividad —siempre incierta— da cuenta de una arista fundamental de la politización de los conflictos.

Así, todo *campo de conflictividad política* remite a un espacio de luchas sociales —eventos de conflicto— en capacidad de hacer germinar "cuestiones públicas"[17] que caracterizan y tensionan las relaciones socio-estatales a lo largo de específicos procesos políticos. Este conjunto de atributos distingue a los CCP de las luchas episódicas mientras da cuenta de su proyección hacia

[16] Para una discusión ampliada del concepto, véase Ramírez Gallegos, Franklin y Stoessel, Soledad, "Postneoliberalismo, cambio y conflicto político en el Ecuador de la Revolución Ciudadana", en Argento, Melisa y Ciccone, Ana Laura (coords.), *Pulsión de cambio: movimiento latinoamericano en la construcción de proyectos contra-hegemónicos*, Último Recurso, Rosario-Argentina, 2015, pp. 133-190.

[17] O'Donnell y Oszlak aluden a "cuestiones" de un modo más o menos similar al que, en lo posterior, se designaría como problemas públicos o sociales. Así, para tales autores las "cuestiones" son aquellas necesidades y demandas —asuntos— socialmente problematizadas por clases, fracciones de clase, organizaciones, grupos o incluso individuos estratégicamente situados. O'Donnell, Guillermo y Oszlak, Óscar, "Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación", *Revista Redes*, vol. 2, n.º 4 (1995) pp. 99-128, p. 110.

lo general y de su potencia para reordenar el conjunto de la lucha política. De tal modo, esta aproximación indaga en la dimensión conflictiva de la política sin pasar por alto, ni asumir como dada, la politicidad de los conflictos.

En efecto, observar la configuración de uno o varios CCP permite caracterizar al ciclo político que los fragua y, en tal medida, distinguir de entre una miríada de conflictos aquellos que, por específicas razones, han alcanzado un nivel de resonancia pública que puede afectar la integralidad de la contienda. Se asume entonces que no todo episodio de conflicto está en capacidad de generar controversias sociales de magnitud pero que, más que cualquier otro fenómeno político, el conflicto puede activar de forma simultánea distintos efectos en el plano de la acción colectiva, de las arenas públicas, del sistema político, en fin, del conjunto de interacciones socioestatales.

La centralidad otorgada a los conflictos rompe con la visión naturalista de los problemas sociales. Estos no tienen un contenido estable y se constituyen de diferente forma según una multiplicidad de operaciones y disputas que terminan por otorgarles una específica configuración en el tiempo. De este modo, la interacción competitiva y conflictual entre distintos actores —privados/públicos; sociales/estatales; locales/nacionales/globales, etc.— motoriza la construcción de problemáticas públicas[18]. De entre tales interacciones tienen particular relevancia aquellas que conciernen a la movilización de grupos interesados en fijar los contornos de una causa mientras se posicionan como sus principales portadores.

Así, la escenificación del conflicto, por la vía de manifestaciones, protestas, panfletos, testimonios, pesquisas, etc., visibiliza agentes y malestares sociales que de otro modo tendrían menores probabilidades de ganar eco social. Diversos autores, a raíz del trabajo seminal de Gusfield[19], han resaltado la naturaleza pública de los problemas y de los procesos que los configuran como tales[20]. Para que una situación empiece a ser considerada como problemática es primordial que sea visualizada de ese modo por ciertos actores

---

[18] Lascoumes, Pierre y Le Galès, Patrick, *Sociología de la acción pública*, El Colegio de México, México, 2014.

[19] Gusfield, Joseph, *Drinking Driving and the symbolic order. The culture of public problems*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981.

[20] Cefaï, Daniel, "Investigar los problemas públicos con y más allá de Joseph Gusfield", en Gusfield, Joseph (ed.), *La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 11-58.

y que aquellos se movilicen públicamente para *demostrar* que tal es el caso. Al hacerlo procuran no solo el más amplio reconocimiento en el espacio político[21], sino algún tipo de intervención que apunte a 'resolver' la situación. La expansión del conflicto —su irradiación en el tiempo hacia diversos intereses y espacios— está atravesada por tal proceso de *publicización*.

A la vez, en la medida que el conflicto político encarna identidades colectivas, marcos de sentido y reivindicaciones comunes sobre alguna situación percibida —de modo más o menos compartido— como preocupante, se inscribe en los procesos de *definición de problemas sociales*[22]. Tal dinámica toma la forma de una controversia pública no solo porque al impugnar una situación considerada como malhadada también se designa a sus responsables, que suelen portar otra percepción de la situación, sino incluso en razón de las disputas entre los mismos portadores de la causa por definir un problema en cuanto tal. El modo en que se fija como problemática determinada situación no es objeto de unanimidad y genera discrepancias al interior o entre movimientos que pueden perseguir fines similares o padecer malestares equivalentes[23].

La emergencia de cuestiones sociales va de la mano, entonces, con la irrupción de actores —y viceversa— que definen situaciones perturbadoras para sus intereses, identidades o contextos de experiencia y las vuelven audibles en la escena pública. En tal medida, la expresión de demandas colectivas, públicas y visibles —tal es parte de la definición de conflicto político que vuelve operativa esta propuesta[24]— se coloca como una de las operaciones prácticas que moldean la hechura de problemáticas públicas.

---

[21] Schillagi, Carolina, "Problemas públicos, casos resonantes y escándalos", *Polis*, n.º 30 (2011), en https://journals.openedition.org/polis/2277

[22] Neveu, Eric, *Sociología de los movimientos sociales*, Abya Yala, Quito, 2000.

[23] Una "arena pública" designa al conflictivo espacio en que se forman los problemas —cada actor puja por su definición— y se orientan prácticas respecto a su implantación pública. Cefaï, Daniel, "La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques", *Réseaux, en Communication-Technologie-Société*, vol. 14, n.º 75 (1996), pp. 43-66.

[24] La definición completa indica que un conflicto político es "toda ocasión en que: 1) algún grupo de personas realiza *reivindicaciones colectivas públicas visibles* sobre otros actores (que si se cumpliesen afectarían los intereses de estos últimos); y, 2) en la que al menos una de las partes afectadas por las reivindicaciones, incluyendo terceras partes, es un *gobierno*". Tilly, Charles, "Conflicto político y cambio social", en Ibarra, Pedro y Tejerina, Benjamín (eds.), *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 25-42, p. 12.

Lascoumes y Le Galès también insisten en el papel decisivo de la movilización para la emergencia de problemas y en particular para su resonancia pública[25]. Así, según su lectura, los *problemas públicos* provienen de un modo de percibir y definir un *hecho social* como perturbador para específicos actores, por determinadas razones (experienciales, subjetivas) y a través de particulares procesos e instrumentos (técnicos, cognitivos). Tales operaciones no alcanzan, sin embargo, para generar una respuesta social. Aquello sucedería cuando la movilización forja un espacio público intermedio en que el problema en ciernes se torna un objeto de atención y de controversia sobre su alcance y sus características. Aunque allí toma cuerpo un problema público, esto no autoriza a hablar de su plena conversión hacia la forma de un *asunto político*. Este empieza a cristalizar, más bien, "a partir del momento en que la solución que es considerada atañe al poder público", cuando se invoca "una intervención del Estado" o cuando una autoridad "se apropia del tema y lo inscribe en su agenda"[26].

Si se asume esta terminología —incluso si la comprensión de lo que vuelve política a una cuestión no luce satisfactoria— cabe decir que el enfoque de los CCP se ocupa ante todo del *movimiento conflictivo que conecta un problema social con los asuntos políticos*. No interesan aquí, de por sí, ni la implantación del problema ni su transición hacia un asunto político, sino el conglomerado de luchas que, de modo procesual, movilizan una problemática pública hasta el punto de colocarla como eje de la contienda en determinado ciclo. Un CCP designa pues la articulación de procesos de movilización social, de construcción de problemáticas y de su efectiva politización en un momento histórico-político determinado.

Esta aproximación entra en diálogo con los trabajos sociológicos que estudian las formas en que los movimientos sociales consiguen desplazar determinado debate de las arenas organizativas para colocarlo como una cuestión pública que recibe la atención de actores de diverso tipo[27]. Estos análisis son cada vez más sensibles a la observación de cómo las combinaciones entre

[25] Lascoumes, Pierre y Le Galès, Patrick, *Sociología de la acción pública*, cit., pp. 78-85.

[26] Ibíd., p. 80.

[27] Merlinsky, Gabriela, "Cartografías del conflicto ambiental en Argentina. Notas teórico-metodológicas", *Acta Sociológica*, vol. 73 (2017), pp. 221-246; Merlinsky, Gabriela, "Una sociología reflexiva para el análisis de los conflictos ambientales: notas teórico-metodológicas en torno a dos estudios de caso", *Revista Debate Público*, año 5, n.º 10 (2015), pp. 30-41; y Mathieu, Lilian, "The emergence and uncertain outcomes of prostitutes' social movements", *European Journal of Women's Studies*, vol. 10, nº. 1 (2003), pp. 29-50.

identidad colectiva, marcos de sentido y repertorios de acción surten efectos a la hora de implantar problemáticas sociales. A la vez, este enfoque se hace eco de cierta sociología de las controversias que ha insistido en ir más allá del estudio de los agentes sociales para considerar a los tipos de situaciones que intervienen en la configuración de un fenómeno *sui generis* o de acciones colectivas conducentes a la transformación del mundo social[28]. La controversia no aparece aquí como una confrontación disfuncional entre actores, sino como momento clave en la configuración de un asunto político.

Ahora bien, líneas atrás se expresó alguna incomodidad con el modo en que cierta literatura analiza la "conversión política" de los problemas sociales. Para decirlo brevemente, dicha inconformidad proviene del (sobre) énfasis otorgado en dicha dinámica a cierto papel de la autoridad pública y del Estado como catalizadores de intervenciones que administran o integran el problema en sus agendas. Aunque tal lectura atina al dar relevancia al lugar de los poderes públicos en el proceso de politización de los problemas, acota dicho papel a la producción de políticas o a la regulación del problema a través del control de la agenda. Parece claro, no obstante, que la autoridad pública también participa de las controversias que definen el problema o que pueden tratar de categorizarlo (contra-marcos) en formas diversas a la formulación originaria impulsada "desde abajo". Aquello implica asumir que las agencias estatales son interpeladas por la movilización colectiva de un problema y se pronuncian en torno a aquel —más allá de su procesamiento tecnoburocrático— como forma de inscripción en la controversia respecto a sus cualidades, alcances y contenidos normativos. Por lo demás, dicha *interpelación*, uno de los elementos nodales de los procesos de politización, no se detiene tampoco en las alegaciones estatales y puede abarcar la toma de posición de un sinnúmero de actores o instituciones no implicados, en principio, por las consecuencias y orientaciones del problema pero que terminan por asumirlo como parte de sus demandas o, al menos, por incorporarlo en sus discursos.

[28] Lemieux, Cyril, "À quoi sert l'analyse des controverses?", *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n.º 1 (2007), pp. 191-212. Prosigue Lemieux: "escándalos, polémicas y controversias son tratados como 'momentos efervescentes' o como oportunidades de los actores sociales para poner en cuestión ciertas relaciones de fuerza y ciertas creencias —hasta entonces instituidas—, para redistribuir entre ellos "pesos" y posiciones de poder, y para inventar nuevos dispositivos organizacionales y técnicos llamados a limitar sus futuras relaciones". Ibíd., 192. [Traducción propia].

Las dinámicas de visibilización del conflicto, asociadas al alcance y a las modalidades de la acción contenciosa, así como a la forma en que los medios la procesan, contribuyen a la resonancia de las problemáticas y no están desconectadas de su capacidad para incubar arenas públicas e interpelar al Estado y a otros agentes. Precisamente, cuando un conflicto rompe con el control que determinados grupos pretenden tener sobre una causa se engarza una dinámica de *irradiación social* de la problemática, a saber, su inscripción en espacios e intereses distintos a los de su configuración inicial. Así, siguiendo a Barthe, la politización se da cuando una cuestión es desplegada por fuera de su lugar de formulación original y se hace ineludible para múltiples actores, en especial, políticos, funcionarios y medios[29].

En su conjunto, visibilización, irradiación e interpelación de conflictos se sitúan como dimensiones de la politización de específicos problemas sociales que toman forma a través de la acción colectiva en específicos ciclos de interacción socioestatal. La trama de la contienda, en su carácter dinámico, procesual y relacional, no opera pues como mero campo contextual de la movilización colectiva y la emergencia de problemas: las marca con su sello. En efecto, aunque el conflicto expresa (al menos) el grado cero de la incubación de problemáticas sociales, el encadenamiento analítico entre ambas dimensiones solo adquiere pertinencia en referencia al entorno político en que se inscribe y que lo vuelve posible. La relevancia heurística de este nexo viene dada, en consecuencia, por su capacidad para informar acerca de la relación entre el carácter del ciclo político y la orientación de la conflictividad forjada en su torno: los procesos políticos llevan la huella de los antagonismos que los circundan y estos solo cobran sentido en el específico entorno que los instituye.

En definitiva, en la articulación entre una mirada de la lucha política como contenida, a la vez, en procesos de mediana y larga duración (ciclos) y tramas de movilización episódica de problemas (conflictos), esta propuesta ausculta la politización de las luchas ambientales a la luz de tres niveles de indagación:

i) *Visibilización*. Supone el proceso de resonancia y audibilidad de determinado ámbito de conflictividad durante un ciclo político y se conecta con las dinámicas de publicización de problemas. Toma

[29] Barthe, Yannick, *Le pouvoir d'indécision. La mise en politique des déchets nucléaires*, Economica, París, 2006.

cuerpo a partir de la recurrencia de diversos episodios contenciosos, emergidos de modo más o menos sincronizado y estable en el tiempo.

ii) *Irradiación*. Alude a la capacidad de un conflicto para convocar la atención de otros actores y públicos, *a priori*, ajenos a las reivindicaciones de los movilizados. El problema es internalizado, progresivamente, en las plataformas reivindicativas de heterogéneos sectores. El reposicionamiento espacial (cambio de escala) del conflicto también expresa, en parte, este proceso de expansión de una cuestión a lo largo del tiempo.

iii) *Interpelación*. Remite a la capacidad de los conflictos para forjar justificaciones e intervenciones del Estado, del sistema político y de otros agentes sociales en torno al problema en litigio. Se trata de un proceso interactivo en que se desafían los enmarcados del problema y se disputan los bienes y males públicos vinculados a aquel. La contienda política se reacomoda.

Estas tres dimensiones analíticas permiten rastrear la conexión, establecida por la vía del conflicto en el transcurso de determinado momento político, entre una problemática social y un asunto político. La plena fluidez de tales vectores da forma a un CCP y le confiere capacidades para reorientar la contienda y transformar el entorno político en que se inscribe. En esta perspectiva se argumenta que un CCP tienen el potencial para reconfigurar dinámicas de acción colectiva (a y b), para reconducir las intervenciones estatales en términos de acción política y de políticas públicas (c) y para (re) estructurar órdenes normativos que fundan los modos de organización social y la dinámica democrática (a, b y c).

Para indagar en las dinámicas de politización de los conflictos ambientales se efectuó una triangulación de técnicas metodológicas. Así, en un primer momento, el trabajo se apoya en la construcción de una base de datos derivada del levantamiento sistemático en prensa[30] de las demandas colectivas, públicas y visibles[31] —tal es la unidad mínima de información— acaecidas entre

---

[30] Se trata de tres diarios de alcance nacional (*El Universo*, *El Telégrafo*, *El Comercio*") y uno de anclaje provincial (*El Mercurio*).

[31] Las demandas son colectivas, pues provienen de organizaciones, asociaciones, movimientos, etc., o de la interacción de dos o más personas en el seno de la sociedad civil. Las reivindicaciones son, a su

2007 y 2012. A partir de allí se diseñó un instrumento para ordenar, codificar y analizar la información por tipo/ámbito[32] y año de levantamiento (de 2007 a 2012). Tal procesamiento, efectuado a través de paquetes estadísticos, permitió trazar las tendencias del conflicto durante los primeros años de la Revolución Ciudadana (la faz cíclica de la política). Sobre la base de dichos escenarios de conflictividad fue posible, en un segundo momento, delinear una exploración de determinados episodios de lucha a la luz de los enfoques sobre la construcción de problemas públicos (las tramas de la movilización) y su potencial de interpelación política.

2. La visibilización de los conflictos socioambientales

El monitoreo del conflicto sociopolítico levantado en la primera fase del Proyecto "CCP en el Ecuador de la Revolución Ciudadana" (RC-CCP-7-12) ha determinado la activación de 2717 episodios de conflicto entre 2007 y 2012. Tal conflictividad se ha distribuido de modo más o menos similar en cada uno de los años bajo estudio. El año de mayor volumen de demandas es 2011 (18,8% del total relevado) y 2007 aquel en que fueron menos frecuentes (14,5%). En promedio, cada año contribuyó con 16,6% del total de las demandas recabadas.

Dentro de este marco global, como se aprecia en la figura 1, las demandas por "ecología y medio ambiente" se colocan entre las diez de mayor visibilidad en el período considerado. Su contribución específica al conjunto de la conflictividad del período es de 5,2%, a saber, cuatro veces más que los conflictos concernientes con la corrupción (1,3%) pero tres veces menos que las luchas laborales (15,3%), las más recurrentes del ciclo. El ritmo del conflicto ambiental se equipara más bien a las movilizaciones en torno a la administración de justicia (5,3%) y a aquellas por tránsito y viabilidad (4,9%). Por su frecuencia, en todo caso, se trata de uno de los asuntos que mayor visibilidad tuvo en los dos primeros gobiernos de la Revolución Ciudadana.

vez, públicas y visibles en la medida en que: i) se expresan de modo abierto en distinto tipo de espacios; y ii) son accesibles y legibles, al menos, para aquellos a los que pueden afectar.

[32] Estas no están dadas *a priori*, ni son definidas en su totalidad por los propios "activadores" del conflicto. Se trata más bien de un constructo analítico sobre cuya base es posible monitorear los procesos de visibilización e irradiación de los conflictos registrados.

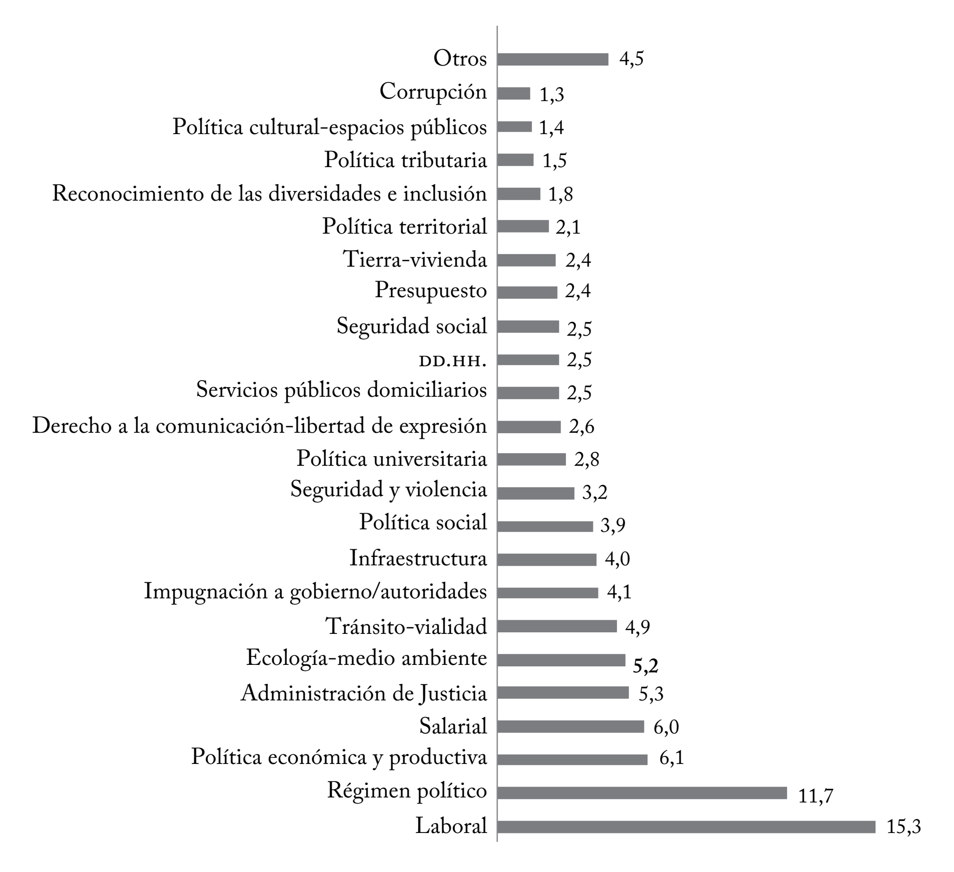


Figura 1. Motivos del conflicto 2007-2012 (porcentajes)

Fuente: elaboración propia con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

Además de la frecuencia de los conflictos, su visibilidad está vinculada al ritmo que mantienen a lo largo de determinado ciclo político. Así, en este caso, las reivindicaciones ambientales contribuyen a la dinámica del conflicto en cada uno de los años bajo estudio. De hecho, a excepción de 2010 en todos los demás años mantienen un ritmo similar (en torno al 5%) e incluso, para 2012 se colocan entre los tres principales motivos del conflicto con 7,6% de la totalidad del registro (figura 2). Aquello refuerza la visibilidad de tales conflictos y su transversalidad en relación con el ciclo gubernativo inaugurado en 2007.

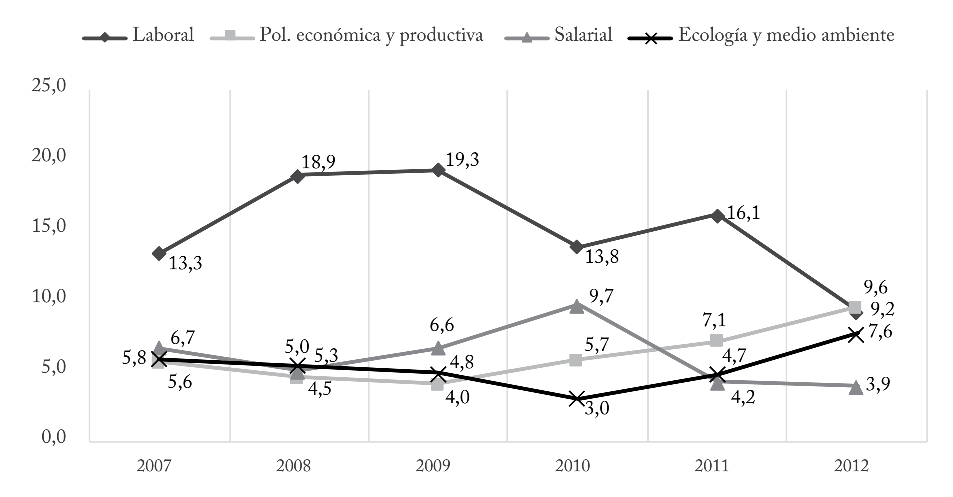


Figura 2. Estabilidad de las demandas 2007-2012*

Fuente: elaboración propia con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

* Se seleccionan solo algunas de las 10 principales.

Ahora bien, en la perspectiva de los CCP, el proceso de visibilización de los conflictos se relaciona, además de su frecuencia y estabilidad, a la confluencia de diferentes episodios contenciosos en el tiempo. Se trata de la emergencia, más o menos sincronizada, de una pluralidad de conflictos que referidos a similar cuestión atañen a situaciones problemáticas particulares. Tal heterogeneidad se coloca en la base de la conformación de un campo de luchas y amplía las opciones de hacer que un problema gane en visibilidad y en resonancia. Para estudiar este asunto, *en un primer momento*, se observan los contenidos o la orientación de las motivaciones de los actores en los distintos episodios contenciosos registrados.

Una primera cuestión a notar al respecto es la centralidad de la impugnación a la minería en el ciclo bajo estudio. El grueso de la conflictividad analizada se vincula directamente, y en todos los años considerados, a este sector de la actividad extractiva del país. Las reivindicaciones en su torno, no obstante, hacen referencia en dos grandes objetos de impugnación. Entre 2007 y 2009, años atravesados por el proceso constituyente y la aprobación de una nueva Carta Magna, la movilización social se encaminó en lo fundamental a incidir o contestar la Ley Minera (votada en 2009). A su vez, en los tres siguientes años, asumen pleno protagonismo las luchas contra el arranque de la actividad minera en específicas localidades. Es decir, en el momento refundacional de la

Revolución Ciudadana, el conflicto se orientó hacia el trazado normativo y el marco de políticas que iría implantando el gobierno de Correa. Los códigos de minería y del sector hídrico concitaron particular atención entre los movilizados. En esta disputa destacan las demandas por Consulta Previa.

Durante el período 2010-2012, la fase de institucionalización de los principios fijados en la Carta Magna[33], la movilización antiextractivista se coloca en el corazón de las luchas socioambientales. Sobresalen allí los conflictos abiertos en específicos territorios —en particular al suroriente del país— contra todo tipo de actividad minera y, en especial, en rechazo a la minería a gran escala y a cielo abierto. Los episodios de conflicto en torno a la explotación petrolera en diversas zonas de la Amazonía, y en particular en el parque Yasuní, así como la apertura de la XI ronda petrolera (2012), también ocupan un lugar considerable en estos años. La tabla 1 resalta la trascendencia de ambos campos de disputa en los dos trienios considerados.

La visibilidad de la impugnación social a las políticas ambientales y a las iniciativas extractivas del gobierno no puede desligarse de las jornadas de movilización convocadas por el movimiento indígena en los primeros meses de 2009 y de 2012. Los levantamientos contaron con la activa participación de una diversidad de actores sociales y concitaron enorme atención de la prensa. La "Marcha por el agua, la vida y la dignidad de los pueblos", que tuvo lugar en marzo 2012, fue particularmente relevante al respecto: se trató de una movilización en que convergieron diversos actores, que tuvo el respaldo de los gobiernos provinciales y que generó gran atención de la prensa de oposición al gobierno[34]. En el devenir público de cualquier problemática juega un papel preponderante la confluencia entre acción colectiva y agenciamientos mediáticos. La idea de la "movilización de públicos" captura con precisión los efectos de dicha convergencia. Los procesos de politización contemporáneos, como

---

[33] Para la discusión sobre la "vía refundacional" en los procesos de cambio de los países andinos y respecto a la dinámica "posconstituyente" en el Ecuador, véase Ramírez Gallegos, Franklin, "Decisionismos transformacionales, conflicto político y vínculo plebeyo. Poder y cambio en la nueva izquierda sudamericana", en VV. AA, *América Latina. 200 años y nuevos horizontes*, Secretaría de Cultura de la Nación, Buenos Aires, 2010, pp. 131-157; y Ramírez Gallegos, Franklin, "Processo costituente ecuadoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino", en Bagni, S. (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013, pp. 103-136.

[34] Ortiz, Santiago, "Marcha por el agua, la vida y la dignidad de los pueblos", *Letras Verdes*, n.º 19 (2016), pp. 45-66, pp. 58-60.

Tabla 1. Motivos de demandas ambientales*

Objeto / Año	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Política ambiental y marcos legales	**4,5%**	**39%**	**43%**			8%
					18%	
		4%	28%	(diversas políticas)		
				14%		
	Ley de Agua			Ley de Agua		
Anti-extractivismo	50%	26%		43%	54%	44%
				Impugnación a minería		
	Impugnación a minería			**Rechazo explotación petrolera**		
				43%	**Yasuní-ITT**	25%
	Caso					
	Chevron			Yasuní-ITT		XI ronda
				Bloque 23 y 24		petrolera
Autodeterminación y territorios		Consulta previa	Autonomía territorial indígena			Consulta previa
Manejo de patrimonio / recursos naturales	Aletas de tiburones	Conservación del manglar; del estero salado	Derrame de petróleo		Hidroeléctricas (14%)	Tala de manglar (marisqueras)
	Cultivo de Palma				Cupos de pesca	Agua (8%)
Ambientes sanos / Otros	Basura; perros callejeros	Refinería contamina	Contaminación de procesadoras de pescado		Cementera contamine	Compensación por daños ambientales a constructoras y petroleras (8%)
		Toros; basura; protección de animales	Basura; ruido vehicular			
			Ciudades sostenibles			Contaminación de canteras.

* Solo se asigna un valor en porcentaje a los conflictos ambientales más recurrentes en cada año.

Fuente: elaboración del autor con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

sugiere Schillagi[35], lucen intrínsecamente conectados con la repercusión social —configuración de audiencias y resonancia pública— de una problemática.

Sin estar directamente arropados por las dinámicas de protesta de las organizaciones indígenas, otro conjunto de episodios de conflicto en torno al manejo de recursos o bienes naturales han repercutido con cierta frecuencia en el espacio público. Al respecto se verifica una compleja geometría del conflicto en que decisiones gubernativas para regular la explotación de recursos —cupos para la pesca, controles a la comercialización de aletas de tiburón para pescadores artesanales, límites a la minería artesanal— termina por abrir líneas de confrontación, a la vez, con los sectores sociales que han usufructuado de ellos sin mayor reglamentación y con organizaciones ecologistas que demandan regulaciones aún más restrictivas para proteger el patrimonio natural del país[36].

En otro nivel se ubican una serie de eventos de conflicto en que pobladores locales manifiestan su repudio a los efectos contaminantes de diversas actividades productivas ligadas, sobre todo, a la explotación de petróleo, a la industria pesquera o a las grandes empresas constructoras (cementos, canteras, etc.). Hacia el final del período analizado esta actividad de denuncia pública se conecta con reivindicaciones que apuntan a obtener resarcimientos por los daños ambientales: se demanda al Estado mayor injerencia para forzar que las empresas compensen a las comunas por la afectación de sus territorios. Los conflictos por "ambientes sanos y sostenibles" también se emplazan a nivel urbano a través de la contestación a la contaminación auditiva, al tráfico vehicular o a la gestión de la basura. En las urbes se levantan además nuevas reivindicaciones animalistas y las más clásicas luchas antitaurinas.

Por último, conviene destacar la presencia de ciertos episodios de confrontación entre pobladores locales y agencias públicas debido a la construcción de represas e hidroeléctricas, a saber, una de las políticas emblemáticas de la Revolución Ciudadana en su procura de modificar la matriz energética del país. Semejantes obras, algunas de ellas calificadas como "megainfraestructuras", han desplazado de sus territorios a determinados sectores sociales y ocasionado un reacomodo en las lógicas de distribución y acaparamiento del agua. Es durante el segundo trienio analizado que este tipo de conflictos gana en

---

[35] Schillagi, Carolina, "Problemas públicos, casos resonantes y escándalos", cit.

[36] Para una breve reseña del conflicto en torno a la pesca de tiburones, véase http://vaderetroref.blogspot.com/2012/08/20070803-rafael-correa-y-los-tiburones.html

visibilidad pública. Las luchas por el agua van acompañadas, a la vez, por la contestación a la minería a gran escala.

En suma, este cuadro arroja luz sobre una diversidad de conflictos socio-ambientales a lo largo de los primeros años de la Revolución Ciudadana. Las orientaciones de dichas dinámicas contenciosas están lejos de forjar unanimidad y pueden ir desde luchas por intereses puntuales y acceso a ganancias o compensaciones (disputas redistributivas, más negociables), hasta aquellas con un contenido posdesarrollista[37] que desafían las convencionales formas de entender los nexos entre desarrollo, sociedad y democracia. En medio de la heterogeneidad en las motivaciones de tales conflictos —indisociable de la diversidad de ambientalismos en despliegue en el país y la región[38]—, no parece apresurado hablar de la *mayor visibilidad de aquellos que rebaten los sentidos ético-culturales del extractivismo y su implantación en los territorios*. Como toda conflictividad orientada normativamente[39], el embate antiextractivista es menos propenso a la negociación y entraña litigios políticos de envergadura entre distintos lenguajes de valoración de las relaciones entre economía, cultura y naturaleza. Aquello activa, al tiempo, una serie de controversias respecto a definiciones institucionales sobre la propiedad y la gestión de los territorios, los usos del suelo, los derechos humanos y colectivos, los derechos de la naturaleza, la participación (consulta o consentimiento previo), entre otros. De la mano de estas disputas, que enlazan el rechazo a la minería, a la explotación petrolera y la defensa del derecho al agua, se verifican las coordenadas centrales del proceso de visibilización de la cuestión ambiental en el Ecuador del siglo XXI. Situar a estos conflictos en el corazón de la contienda del ciclo analizado contribuye a delimitar la observación de su potencial de difusión y de interpelación a un sinnúmero de actores sociales y políticos a nivel nacional (y más allá).

3. La irradiación social del conflicto

La politización del conflicto está atada a su irradiación social. Dicha figura es estudiada a partir de las relaciones entre activadores y demandas sociales. Así,

---

[37] Escobar, Arturo, "El 'postdesarrollo' como concepto y práctica social", en Mato, Daniel (coord.), *Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, UCV, Caracas, 2005, pp. 17-31.

[38] Bebbington, Anthony y Humphreys, Denise, "Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú", *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 35 (2009), pp. 117-128.

[39] Touraine, Alain, *El regreso del actor*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1987.

suponemos que determinado tipo de conflicto propende a una más amplia difusión en la medida en que un mayor número de diferente tipo de actores se expresa en su torno. En otras palabras, a mayor dispersión de actores respecto a una reivindicación, mayor irradiación social de aquella.

Bajo esta comprensión se construyó un índice que rastrea el número de actores que, entre 2007-2012, activó cierto tipo de reivindicaciones. Para el efecto, en primer término, se determinó la existencia de 28 tipos de "activadores de demandas" y luego se verificó cuántos de ellos se implicaron *más de una vez*[40], a lo largo del período analizado, en cada uno de los tipos de reivindicaciones identificados. De este modo, se ha establecido que mientras más cercano a 1 es el índice, mayor número de actores se implicó en el conflicto (dispersión). Por el contrario, aquellos que registran una cifra que se acerca al 0 son los que han movilizado a un menor número de actores en su torno (concentración). De este modo, el índice captura la proporción de activadores según los motivos de las demandas. Aquello otorga un indicio sobre su potencial de irradiación social más allá de los puntos originarios de su despliegue.

Como se observa en la figura 3, los conflictos en torno al carácter del régimen político (0,86) son los que activaron la implicación de un mayor número de actores en los dos primeros gobiernos de Correa. En total, se pudieron contabilizar 24 tipos de actores que, por más de una vez entre 2007 y 2012, se manifestaron en relación con diversos aspectos del régimen político del país. En un rango intermedio se coloca el caso de las demandas salariales (0,5) que movilizaron a 14 tipos de actores. Finalmente, en cuanto a las luchas ambientales, se aprecia que su índice de irradiación social alcanza 0,32, a saber, uno de los más bajos entre las demandas más frecuentes: 9 tipos de actores se movilizaron en torno a tal causa en los años bajo estudio.

A primera vista, entonces, se podría concluir que las reivindicaciones ambientales están concentradas en una relativamente baja proporción de actores y que, en consecuencia, su radio de influencia política luce acotado. Semejante hallazgo se corrobora al constatar que, en promedio, 86,5% del total de demandas ambientales provienen de solo cuatro tipos de actores: indígenas, campesinos, pobladores (barrios-comunas) y grupos ecologistas. Aún más, en 2007 y en 2009, nueve de cada diez demandas ambientales

[40] Este criterio permite descartar los actores que se involucran con un tipo de demanda por cuestiones episódicas. Se asume así un mínimo requisito de estabilidad en el nexo entre agentes y demandas.

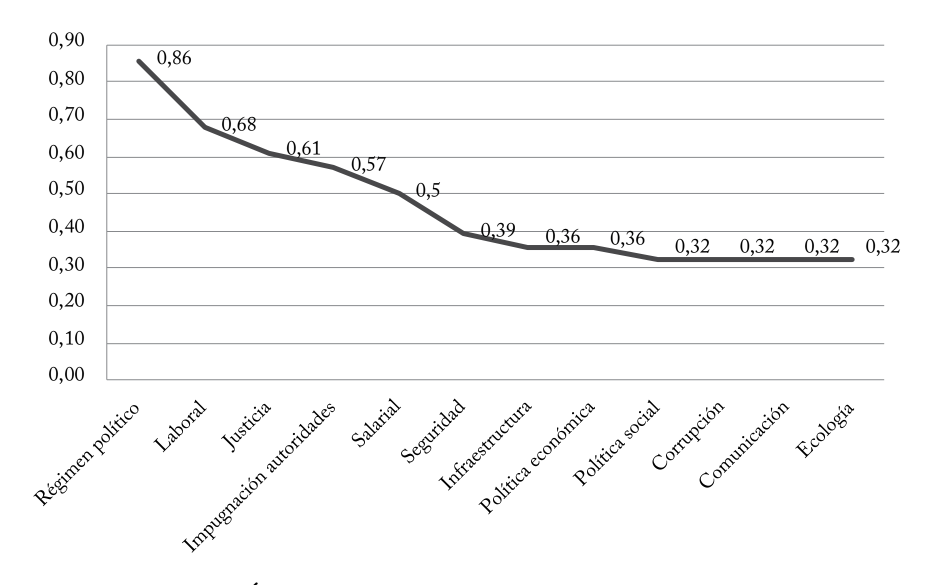


Figura 3. Índice de irradiación social de los conflictos (2007-2012)

Fuente: elaboración propia con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

provenían exclusivamente de tales actores (tabla 2). Solo en 2011 se observa cierto decrecimiento del "cuasimonopolio" de tales agentes sobre las reivindicaciones ecologistas: 13,6% de aquellas fueron activadas por organizaciones cívicas de distinto tipo.

Tabla 2. Principales activadores de demandas ambientales (2007-2012)

	Indígenas	Pobladores-barrios-comunas	Grupos ecologistas	Campesinos	Total
2007	17,40%	21,70%	43,50%	8,70%	91,30%
2008	50,00%	0,00%	29,20%	8,30%	87,50%
2009	38,10%	33,30%	9,50%	9,50%	90,40%
2010	28,60%	28,60%	28,60%	0,00%	85,80%
2011	18,20%	27,30%	9,10%	22,70%	77,30%
2012	38,90%	30,60%	13,90%	2,80%	86,20%

Fuente: elaboración propia con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

Ahora bien, haciendo la salvedad (quizás) de los grupos ecologistas —que pueden tomar la forma de ONG, fundaciones, colectivos urbanos—, los tres res-

tantes tipos de actores están definidos en gran parte por su anclaje territorial. Semejante implantación aparece como una de las dimensiones centrales de la vigente conflictividad ecológica y de la misma "ambientalización de las luchas indígenas y campesinas" en América Latina[41]. Según los datos recabados, también se constata la presencia de pobladores, barrios y comunas en la promoción de demandas ambientales a nivel urbano. De hecho, como queda sugerido, además de las reivindicaciones contra las políticas ambientales y el extractivismo, se ha activado cierta conflictividad en torno a la recolección de desechos o la contaminación auditiva en algunas urbes.

El nítido protagonismo de indígenas, campesinos, vecinos y comuneros haría pensar en la primacía de la escala local en la dinamización de este tipo de conflictos. Aquello se conecta, como sugiere la problemática de este trabajo, con las tendencias al encapsulamiento de las luchas socioambientales en la región. No obstante, el levantamiento efectuado brinda una imagen invertida respecto al ámbito de despliegue y al alcance de tales reivindicaciones en el Ecuador del siglo XXI. Así, como se aprecia en la figura 4, el grueso de las demandas ambientales del período tienen más bien un carácter nacional (57% en promedio), mientras que a nivel provincial se ha desatado casi un cuarto de este tipo de conflictos (23,6%) y en lo local, un 18%[42].

---

[41] Leff, Enrique, "La ecología política en América Latina. Un campo en construcción", en Alimonda, Héctor (ed.), *Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*, Clacso, Buenos Aires, 2006, pp. 21-40.

[42] En el Ecuador se reconocen constitucionalmente cinco niveles efectivos de gobierno: nacional, provincial, municipal, parroquial (rural) y comunitario. Nuestro cuadro de análisis de las escalas del conflicto está asociado a dichos ámbitos de gobierno, pero agrupa en el nivel cantonal aquellos episodios contenciosos que se dan en lo local y microlocal (municipio, parroquia, comunidad/comuna).

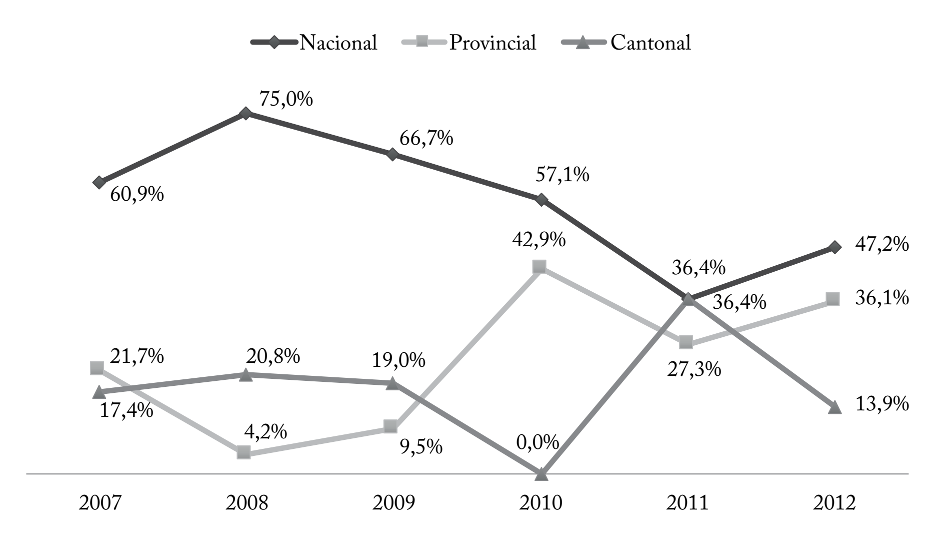


Figura 4. Las escalas espaciales del conflicto ambiental (2007-2012)

Fuente: elaboración propia con base en RC-CCP-7-12 (Flacso).

La baja frecuencia de las demandas ambientales en el ámbito local iría a contramano de la tesis de la tendencia al acantonamiento de las luchas ambientales. Se resalta, por el contrario, la importancia de las reivindicaciones con una proyección nacional a lo largo de los años bajo estudio. Aquello se vincula con dos elementos claves del proceso de cambio impulsado por la Revolución Ciudadana: i) la convocatoria y funcionamiento de la Asamblea Nacional Constituyente, una de cuyas deliberaciones más ríspidas versó sobre cuestiones ambientales; y, ii) la expedición de diversas leyes orgánicas sobre materias directamente ligadas con las agendas de las "coaliciones ambientalistas" como son la Ley de Minería, la Ley de Aguas y otras normativas afines[43]. Ambos elementos trazaron el escenario para la nacionalización, por "lo alto", del conflicto ambiental. La proyección nacionalista del discurso de Correa, de alto impacto respecto a los bienes naturales, también contribuyó a dicha configuración.

[43] Se hace referencia, sobre todo, a las leyes orgánicas de participación, de planificación y de descentralización y autonomías que tratan cuestiones de suma trascendencia para la gobernanza ambiental como la "consulta previa", el manejo territorial, o las circunscripciones territoriales indígenas como ámbito de gobierno con específicas competencias.

No por casualidad, entonces, el conflicto ambiental durante el gobierno de Correa *emerge* nacionalizado (2007-2009) y, sin perder dicha proyección, tiende a provincializarse a medida que transcurre el período. Esta última cuestión se vincula, muy probablemente, con el dinamismo de ciertos prefectos —los jefes de gobierno provincial— indígenas del sur de la Amazonía contra las políticas extractivas del gobierno nacional[44]. Semejante cuadro no parece ajeno, en todo caso, al carácter multiescalar de los conflictos socioambientales, vale decir, el modo en que diversas escalas espaciales se entreveran en el despliegue y alcance de las luchas. Se verificaría allí la eficacia de los enlaces sociopolíticos de los actores locales con otros ámbitos de acción colectiva en el nivel provincial, nacional y global[45]. La centralidad de las demandas ambientales en la agenda del movimiento indígena favorece semejante amplitud de sus interconexiones. En efecto, la configuración del movimiento como actor político nacional alude a su capacidad para articular estructuras de movilización comunitaria con entramados organizativos en cada nivel del territorio[46]. En el período analizado, además, sus convocatorias a movilización han facilitado la imbricación de diverso tipo de desafiadores —desde juntas de agua a partidos políticos nacionales— y, por ende, cierta tendencia a la desfragmentación de sus reivindicaciones[47].

La preponderancia de los conflictos ambientales de alcance nacional aparece, en suma, como la contracara de la baja propensión de tales conflictos a hacer confluir diversos tipos de actores en su torno. Aquello matiza largamente la tesis de la baja irradiación social de tales reivindicaciones en el ciclo analizado.

---

[44] Se hace referencia, en particular, a los prefectos electos en 2009 por el Movimiento Pachakutik en Zamora Chinchipe (Salvador Quispe), Morona Santiago (Marcelino Chumpi) y, por otra parte, al prefecto del Azuay (Paul Carrasco), que hicieron de sus provinciales puntos de organización y lanzamiento de diversas movilizaciones ambientales en el período analizado.

[45] De hecho, aun cuando en nuestro registro solo se pudieron recabar dos conflictos con un engranaje internacional, ha sido largamente estudiado el modo en que las luchas eco-territoriales se engarzan con lo estatal, lo regional y lo global formando un complejo entramado de movilización y gobernanza de los conflictos ambientales. Fontaine, Guillaume, "Verde y negro: ecologismo y conflictos por petróleo en el Ecuador", en Fontaine, Vliet y Pasquis (cords.), *Políticas ambientales y gobernabilidad en América Latina*, Flacso, Quito, 2007, pp. 223-254.

[46] Guerrero, Fernando y Ospina, Pablo, *El poder de la comunidad: Ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes ecuatorianos*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003.

[47] En perspectiva tillysiana, la fragmentación de la contienda alude a procesos en que los desafiadores no logran coaligarse entre sí a partir de reivindicaciones compartidas, lo que genera un escenario de protestas atomizadas y caracterizadas por un alto número de desafiadores.

Entonces, una conclusión más precisa debería decir que a pesar de la baja capacidad de los conflictos ambientales para atravesar las agendas de más amplios sectores, los cuatro tipos de agentes que las encausan —sus portavoces— han conseguido movilizarse y proyectar sus luchas en múltiples escalas espaciales. Este último rasgo constituiría una robusta indicación de la propensión de una determinada cuestión social a alcanzar generalidad, a salir del encapsulamiento político que se le imputa.

4. La interpelación del conflicto: la centralidad del antiextractivismo

El verbo *interpelar* alude a la petición, exigencia o requerimiento, que dirige una instancia a otra, de explicaciones o descargos sobre un asunto o hecho cualquiera[48]. Se trata de una dinámica interactiva y controversial que opera en dos direcciones: el hecho de "interpelar a" puede desembocar en "ser interpelado por". Así, aludir al potencial de interpelación de los conflictos, como dimensión fundamental para el estudio de su politización, apunta a indagar en la trayectoria de ciertos intercambios públicos en torno a las definiciones, parámetros o alcances del problema iluminado por la movilización. En dicho trayecto diversos agentes, distintos a los precursores de la causa, se ven conminados a pronunciarse, a esgrimir justificaciones o trazar puntos de vista alternativos respecto al problema en disputa. Cuando el proceso de interpelación se extiende en el tiempo —en una suerte de estabilización de la controversia— se abre un cabal reconocimiento político del problema en ciernes. Si en dicha dinámica intervienen los poderes públicos, a través de alguno de los mecanismos de incidencia política a su disposición, el reconocimiento público del problema se asocia con un reacomodo del campo del conflicto.

De algún modo, entonces, el trayecto de la interpelación abre paso a un proceso social de evaluación de las formas y consecuencias de determinada problemática en la medida en que, como parte de su publicización, se vuelve evidente que atañe a sectores mucho más amplios que aquellos directamente perjudicados por sus efectos[49]. En este sentido, los procesos de interpelación están atravesados por, y condensan a los vectores de la visibilización y la irradiación de

[48] Ver *Diccionario* de la Real Academia Española, en http://dle.rae.es/?id=Lw6v8bS

[49] Dewey define a este proceso, movilización de actores y del problema, como germinación de lo público. Dewey, John, *Le public et ses problèmes*, Gallimard, París, 2010.

conflictos. Solo las situaciones problemáticas que han ganado en visibilidad y que han sido dotadas de explícitos marcos sociales pueden *irradiar a* y *ser tomadas a cargo por* diferentes tipos de actores —organizaciones, colectivos, instituciones— en el transcurso de un juego que exige tomas públicas de posición mientras reorganiza el campo de conflicto y delimita las cuestiones en litigio. Dichas controversias atañen la misma definición/redefinición del problema y la determinación de los bienes y males públicos (lo justo y lo injusto) asociados a aquel.

La dinámica de interpelación evidencia entonces un desplazamiento del problema de sus espacios de formulación original hacia heterogéneos lugares, actores, objetos, etc. Dicho desplazamiento aparece en ciertas lecturas como el atributo que, por excelencia, define una dinámica de politización[50]. En el flujo de explicaciones y descargos sobre un asunto, este se emplaza en sitios sociales por completo distantes a sus lugares originales de enunciación. Específicas, y nuevas, arenas públicas tienden a configurarse contribuyendo así a la ampliación de la conciencia de los miembros de la comunidad política respecto a los significados y alcances de la cuestión. Interpelación y generalización quedan entonces vinculados como vectores elementales de la politización de los conflictos.

Semejante óptica exige prestar atención, más allá de las grandes tendencias de un ámbito de conflictividad, a los intercambios públicos que se forjan en torno a particulares episodios de contienda durante un ciclo político. Así, dentro del conjunto de conflictos ambientales recabados, en lo que sigue se estudian de modo interconectado dos dinámicas de movilización —la protesta contra la ley minera (2009) y la marcha por el agua (2012)— para observar las tramas de interpelación desatadas en los primeros años del gobierno de Correa. Ambos episodios son leídos a través de las operaciones de publicización de problemas, de las disputas envueltas en su proceso de definición y evaluación, y de las justificaciones y cambiantes tomas de posición de los diversos agentes, sobre todo de las instancias estatales, atravesados por la cuestión.

El relevamiento global de conflictos ambientales (tabla 1) autoriza la selección de los episodios mencionados a la luz de la constatación de la relevancia de las "demandas antiextractivistas", y en especial de las acciones contra la minería

[50] Jacques Lagroye, "Les processus de politization", en Lagroye Jacques (dir.), *La politisation*, París, Belín, 2003, pp. 359-372.

y en defensa del agua a nivel local y nacional, entre 2007 y 2012. El momento de activación de tales protestas, hacia el inicio y el final del período estudiado, permite además preservar la mirada procesual de la política como parte de una perspectiva que articula ciclos, movilizaciones y problemas como engranajes constitutivos de una analítica de la politización de la conflictividad.

Cuando se instala la Asamblea Nacional Constituyente (ANC), a fines de 2007, la movilización antiminera venía, aunque algo fragmentada, de un importante momento (2002-2006) de reactivación[51]. Una de las primeras medidas de la Convención estuvo vinculada con algunas de sus reivindicaciones: el Mandato Minero decretó la reversión de 97% de las licencias concedidas a empresas privadas en años previos[52]. El activismo ecologista, bajo el sello de ONG u organizaciones populares, efectuó pues un intenso trabajo de incidencia política en la ANC y llegó a ocupar posiciones de influencia entre sus cargos directivos. Algunos de los nuevos principios en materia ambiental provienen de estos sectores. Otra parte de su agenda quedó represada. En todo caso, tomaron parte de diversas controversias fundamentales durante el Cónclave. Las más ríspidas concernieron a los límites de la explotación minera, la declaración del agua como bien público y, sobre todo, la cuestión de la "consulta previa a" o el "consentimiento previo de" pueblos, nacionalidades o comunidades potencialmente afectados por la explotación de recursos naturales en los territorios que habitan. Tales debates pusieron en riesgo la unidad del movimiento gobernante y, más allá del liderazgo transformacional del presidente, evidenciaron su operación como coalición de fracciones[53].

A pesar de tales controversias —que albergaban tensiones de mayor calado entre neodesarrollistas y ecologistas en torno a la transición posneoliberal—, el articulado final de la Constitución quedó impregnado por referencias al buen vivir como ideal regulativo[54], régimen social (Título VII) o conjunto de derechos

---

[51] Latorre, Sara, "El ecologismo popular en el Ecuador: pasado y presente", cit.

[52] El Mandato fue una de las medidas más radicales de la Asamblea Constituyente ecuatoriana. En lo fundamental dicha decisión, asumida como parte de los plenos poderes atribuidos a la Asamblea, suspendía las concesiones mineras que no habían invertido, que mantenían deudas, que estaban en áreas protegidas, que no realizaron evaluaciones ambientales ni procesos de consulta previa.

[53] Ramírez Gallegos, Franklin, "Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador (2000-2010)", *Revista OSAL*, n.º 28 (2010), pp. 17-47.

[54] Para el debate sobre la noción de ideal regulativo —como principio que posee fuerza práctica, aunque pueda ser irrealizable en la esfera de lo fenoménico—, véase Martí, José Luis, "La noción de ideal

(Título II). Las más convencionales alusiones al desarrollo aparecían intrínsecamente vinculadas, no sin contradicciones, a la consecución del buen vivir. En este giro el desarrollo dejaba de ser visto como un fin en sí mismo[55] para tomar la forma de uno más de los mecanismos o sistemas sociales que propenden al bienestar social. Más allá de la positividad de la norma, no obstante, el valor de tales definiciones residía en su capacidad de prefigurar espacios de lo posible para una multiplicidad de actores. No en vano la mayoría de organizaciones populares y movimientos sociales apoyó —desde sus concretas expectativas— la aprobación de la Carta Magna y, más tarde, evaluó el proceso de cambio a partir de los parámetros ahí delineados. Sea como recursos cognitivos, motivacionales, normativos, o propiamente socio-legales, entonces, los sentidos del buen vivir entraron a componer los marcos de acción colectiva de diversos agentes. Su centralidad en la redefinición de la cuestión ambiental a raíz de la aprobación de la Constitución hizo, incluso, que lleguen a operar como "marcos maestros" (*master frames*) —aquellos que proveen lenguajes comunes a un gran número de actores[56]— en el ciclo político analizado.

El encumbramiento de la crítica al desarrollo a los centros del debate político tuvo como efecto, precisamente, entreverar a heterogéneos agentes, sociales y políticos, en los enmarcados (en plural) del buen vivir *mientras* polemizaban por dotarle de contenidos. En el ámbito de conflictividad que nos ocupa, semejante dinámica terminó por decantarse con el arranque de la transición posconstituyente. En medio del *boom* global del precio de las *commodities*, el gobierno buscó reactivar el sector minero paralizado por el Mandato. La aprobación de la nueva Ley Minera era imperiosa. Desde el arranque de su trámite legislativo, sin embargo, diversas organizaciones sociales rechazaron la orientación del proyecto. Condenaban, entre otros aspectos, el preeminente lugar otorgado a la minería industrial (normalmente transna-

---

regulativo: preliminares para una teoría de los ideales regulativos en el derecho", ponencia presentada en el X Encuentro del Seminario Hispano-Italiano de Teoría del Derecho, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, los días 24 y 25 de septiembre de 2004.

[55] El artículo 275 de la Constitución ecuatoriana define al Régimen de Desarrollo como "el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales, que garantizan la realización del Buen Vivir, del sumak kawsay…".

[56] Snow, David y Benford, Robert, "Master Frames and Cycles of Protest", en Morris, Aldon D. y McClurg Mueller, Carol (eds.), *Frontiers in Social Movement Theory*, New Haven, CT: Yale University Press, 1992, pp. 133-155.

cional) en el modelo de desarrollo, la habilitación de las explotaciones a gran escala, la fragilidad de los mecanismos de consulta a la comunidad y de los controles ambientales. Su crítica se sostenía, entre otros elementos, en los *principios y derechos* del buen vivir materializados en los avances constitucionales en materia de medio ambiente, plurinacionalidad, participación. Demandas de larga maduración eran así temporalizadas con las propias narrativas del proyecto de cambio. Diversas acciones de protesta fueron entonces convocadas desde localidades ya activadas contra proyectos mineros, sobre todo en el sur del país. La convocatoria del movimiento indígena a una movilización nacional contra la ley amplificaba el eco de la impugnación. A medida que el conflicto imbricaba diversas escalas espaciales, el cuadro de formulación de reivindicaciones lucía más abierto y dejaba percibir las diversas aristas de lo que la antiminería ponía en disputa. La nueva Ley fue aprobada en enero 2009 en medio de una potente demostración colectiva que unificó diversas fuerzas.

La manifestación social contra la Ley, en efecto, agregó una serie de acciones de resistencia (paros, protestas, tomas), de prácticas de significación (foros, talleres, asambleas), de actividades de ensamblaje de colectivos (alianzas, redes, campañas), de *performances* ideológicos (alegatos y manifiestos ecologistas, conservacionistas, poscapitalistas, "pachamámicos"), etc., que, cocinados desde años atrás, conseguían proyectar al público un conjunto de malestares que remotas poblaciones y territorios venían experimentando con las dinámicas extractivas. Escenificado en medio del debate parlamentario de una Ley de la República y articulado por una gran movilización nacional —convocada por el más poderoso actor colectivo de la sociedad civil ecuatoriana—, tal cuadro de denuncia ponía en público una diversidad de situaciones de riesgo, inseguridad y temor de los comuneros por los efectos de la minería en sus espacios de vida. Así, mientras se catapultaban hacia el espacio político, tales "situaciones particulares" conseguían extender la discusión sobre los regímenes nacionales de desarrollo. La intensa cobertura mediática de los sucesos —vinculada a la propia confrontación entre gobierno y grandes medios[57]— contribuía, a la vez, a la difusión de imágenes, narrativas y alegatos que hacían estallar los confines de la situación problemática. De este modo, las audiencias podían seguir de modo directo testimonios en primera persona (comuneros, campesinos,

[57] Kitzberger, Philip, "Counterhegemony in the media under Rafael Correa's citizens' revolution", *Latin American Perspectives*, vol. 43, n.º 1 (2016), pp. 53-70.

indígenas) sobre experiencias de desposesión, contaminación y violencia con las compañías mineras y el Estado o pronunciamientos expertos —de investigadores, intelectuales específicos, técnicos— que describían las "falacias del extractivismo" (*sic*), cualificaban los daños a la naturaleza y asignaban sus causas y responsables. Redes de movilización política, relatos en primera persona y operaciones sociotécnicas de demostración se enhebraban para activar formas de dramatización, narración y argumentación que pujaban por fijar los parámetros de la cuestión en ciernes: la ley minera incrementaba exponencialmente la amenaza sobre las formas de vida de determinadas localidades.

Tras dicha cuestión, sin embargo, se acomodaban reivindicaciones no siempre coincidentes. Algunas organizaciones han impugnado, históricamente, la actividad minera únicamente cuando se realiza en fuentes hídricas. Otras contestan la minería a pequeña escala, algunas más rechazan las grandes explotaciones y hay las que apuestan por un "país libre de minería" y otro tipo de desarrollo[58]. Una de las figuras más visibles de la movilización, y entonces prefecto indígena de Zamora Chinchipe (Salvador Quispe), de hecho, representaba a pequeños mineros y esbozó cierto discurso nacionalista contrario a la gran minería por sus efectos de extranjerización del sector[59]. La plétora de objetivos que esbozaban las comunidades y movimientos en resistencia —continuar con sus actividades agropecuarias, proteger fuentes de agua, resguardar ciertas zonas, desarrollar proyectos productivos alternativos, etc.— también señala la heterogeneidad de fines en las iniciativas antimineras, a veces confrontadas entre sí, en el contexto de su rápida expansión desde inicios de siglo. Las querellas para definir una problemática, incluso entre los propios actores que la levantan, son parte constitutiva de la germinación de arenas públicas. Su estabilización se alcanza, a la vez, en la interacción conflictiva con otros demandantes, adversarios, especialistas, medios o autoridades. La movilización nacional de 2009 abrió dicho abanico de intercambios.

Precisamente, la explícita intervención presidencial en el conflicto apuntaló la controversia sobre la problemática, y facilitó cierto sentido de cohesión entre

---

[58] Latorre, Sara, "El movimiento ecologista popular anti-minero en el Ecuador", *Ecuador Debate*, n.º 87 (2012), pp. 123-145, pp. 139-140.

[59] En palabras de otra figura indígena, Marlon Santi, presidente de la Conaie en los días de la movilización: "No se puede abrir un proyecto de ley para vender la soberanía a las trasnacionales. *Pero sí podemos regular la actual minería de tipo artesanal*", *El Tiempo*, 1 de septiembre de 2019, en www.eltiempo.com.ec/noticias-cuenca/8913-indigenas-anuncian-protestas-en-contra-ley-minera/ (énfasis añadido).

los manifestantes. Respecto a esto último, al situar a los movilizados en minoridad política —Correa se refirió en diversas ocasiones a los antiextractivistas como "ecologismo e indigenismo infantil (*sic*)"—, el presidente desconocía su plena legitimidad como interlocutores y activaba la tecla del agravio que suele facilitar procesos de identificación colectiva. Aquello reforzó los nexos, sobre todo, entre el ecologismo popular y el movimiento indígena[60]. Aún así, paradójicamente, el presidente entraba al litigio contestando de modo puntilloso las críticas de los movilizados a la norma. El alegato del primer mandatario enfatizaba en tres elementos: la minería como palanca para financiar el bienestar colectivo; la propiedad y el control nacionales de los recursos y de la plusvalía generada con base en la explotación minera; y la ley como instrumento para incrementar controles públicos ambientales, proteger el agua y asegurar la participación del Estado como actor económico del sector[61]. De este modo, si las demandas antimineras enmarcaban su malestar desde específicas identidades colectivas e historiales locales de vulnerabilidad de recursos y derechos, el argumento oficial —empaquetado también en estadísticas, proyecciones y demás demostraciones técnicas— resituaba la problemática en las coordenadas de la justicia social y la cuestión nacional. Más que evidenciar tipos de ambientalismo en disputa, rastrear la publicización de un problema permite observar cómo las líneas y puntos de controversia se demarcan mientras transcurre el conflicto. En cualquier caso, la intervención presidencial activó el mecanismo definitivo para la instalación del debate en el espacio político nacional.

Así, la trama de la interpelación bajo estudio se sedimentaba con la plena asunción de la cuestión minera en el discurso político tanto del presidente como del más importante movimiento social del país y sus aliados. Ambos reposicionamientos no eran del todo evidentes en un inicio. Correa se presentó desde siempre como un político con preocupaciones ambientales y ya en el poder sostuvo iniciativas como dejar el petróleo del Yasuní en tierra o el propio mandato minero. Sus planes de gobierno, además, tomaron en serio el desafío de descentrar la matriz primario-exportadora de la economía ecuatoriana. La propia dinámica del conflicto, incluso al interior de su movimiento (AP), lo

[60] Para Latorre, la alianza entre ambos sectores se consolidó apenas hacia 2007 en una perspectiva que obligaba al MIE a posicionarse sobre temas mineros. Latorre, Sara, cit., 2012 p. 139.

[61] Ver discurso de Correa en el parlamento, 15 de enero de 2009, en www.presidencia.gob.ec/discursos/.

fue colocando en el papel de contradictor mayúsculo de los alegatos antiextractivistas. Por su parte, la incorporación de la problemática minera como reivindicación central del MIE tampoco iba de suyo. Durante los años noventa, más allá de ciertas organizaciones y pueblos en la Amazonía, la referencia protagónica de las demandas ambientales parecía estar supeditada a la procura de derechos colectivos, territorios y autogobierno indígena (el proyecto de la plurinacionalidad). A la vez, si bien ciertas comunidades del suroriente del país venían resistiendo a la minería desde hace más de una década, a los comuneros de gran parte de la sierra tales dinámicas extractivas no les afectan de modo directo[62]. Es durante el proceso constituyente, como se ha visto, que las organizaciones indígenas consolidan su vínculo con el campo ecologista y, ya en un contexto de confrontación con la Revolución Ciudadana, empiezan a pronunciarse de modo rutinario sobre la cuestión.

El acercamiento indígena hacia el campo de reivindicaciones del ecologismo, que aseguró la participación masiva de los comuneros de la sierra en las manifestaciones de 2009, dejaba pistas del aumento en generalidad de la causa: incluso quienes no se sentían directamente perjudicados por la minería asumían el imperativo de contestar la nueva regulación del sector. Semejante salto había sido posible por la conexión establecida, desde el MIE, entre la ley minera y la cuestión del agua, esa sí una histórica demanda indígena. El hecho de que en el parlamento se estuviese discutiendo al mismo tiempo la ley de recursos hídricos facilitó dicho entrelazamiento. La *defensa del agua* se cristalizó entonces como parte de una operación de enmarcamiento que alcanzaba a trazar un denominador común y un desafío compartido para la multiplicidad de actores implicados en el conflicto. En adelante, el rechazo a la megaminería como gran consumidora y contaminadora de fuentes hídricas, y por tanto como devastadora de la biodiversidad, pasó a condensar las significaciones en juego en el rechazo a la Ley[63], y en los sucesivos conflictos que explotarían en diversos puntos de la geografía nacional.

[62] Las nuevas grandes concesiones mineras están en la cordillera del Cóndor y su desarrollo no afecta inmediatamente las fuentes hídricas de la población de la sierra. Latorre, Sara, "El ecologismo popular en el Ecuador: pasado y presente", cit., p. 33.

[63] El sector privado criticaba la norma por el incremento de la participación estatal en la renta minera (5% sobre las ventas y 70% en impuestos a los ingresos extraordinarios) y sus efectos en la pérdida de inversión extranjera en el marco del aperturismo de naciones mineras como Perú, Colombia o Chile.

El reenmarcamiento del problema aseguró su identificación y reconocimiento en más extensos circuitos sociales. La temática del agua atraviesa diversos intereses y agendas, no puede ser encapsulada territorialmente, ni reducida a lo rural. Jóvenes de clase media, colectivos urbanos, mujeres y ciertos partidos —además de los movimientos campesinos, indígenas, ecologistas que incubaron la demanda— fueron interpelados por el asunto[64]. El reconocimiento constitucional del agua como derecho humano, de uso público, inembargable y esencial para la vida pasó a ser esgrimido en la controversia. La ampliación de una retórica de derechos ligada a la cuestión ambiental, en el marco de la apropiación de los significados políticos emanados de la nueva Carta Magna, se coloca así como uno de los signos por excelencia del campo de conflictividad desatado en el combate al extractivismo. Un novedoso activismo sociolegal ha sido ya detectado en otras dinámicas de movilización ambientalista en la región[65]. La Ley Minera quedó, desde esta perspectiva, problematizada por la triple vulneración que la megaminería ocasiona a *los derechos de la naturaleza, al derecho al agua y a los derechos colectivos*. A partir de allí —en un cruce de referencias normativas al buen vivir, a elementos más propios de la tradicional crítica ecológica y a sentidos de identidad territorial que portan comuneros de diversa índole— se hilvanó una impugnación global al modelo de desarrollo impulsado por el gobierno. El espacio para la conciliación política quedaba largamente estrechado.

Si las condiciones institucionales —régimen presidencialista reforzado y liderazgo político transversal— no facilitaban que la controversia se trasladara al parlamento, el énfasis presidencial en presentar la crítica antiminera como un asunto invocado desde la particularidad de identidades locales tendía a asentar el problema en la pura confrontación política —desbordada cada tanto hacia respuestas de fuerza y represión— y a orientarlo hacia una querella sobre las normas de la legitimidad democrática: la lógica de la democracia mayoritaria

[64] García, Fernando, "Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana", *Anthropologica*, vol. 32, n.º 32 (2014), pp. 71-85.

[65] Delamata, Gabriela, "Actualizando el derecho al ambiente. Movilización social, activismo legal y derecho constitucional al ambiente de 'sustentabilidad fuerte' en el sector extractivista megaminero", *Revista de la Carrera de Sociología*, n.º 3 (2013), pp. 55-90.

era invocada para sofocar las críticas de “pequeños grupos”[66]. El asunto no era ya apenas qué tipo de desarrollo requiere la nación, sino quién está autorizado por el pueblo para encausarlo: ¿los representantes electos en sufragio universal y portadores del interés general o los cuerpos intermedios expresivos de un abanico de intereses locales, territoriales, específicos? La gramática jacobina-mayoritaria supo imponerse.

No en vano, a mediados de 2009, la Conaie presentó una demanda de inconstitucionalidad de la ley minera arguyendo, en particular, la violación al derecho de las comunidades indígenas a la consulta prelegislativa y a la consulta previa. En marzo de 2010 la Corte Constitucional emitió una sentencia que desechó tal acción de inconstitucionalidad. Al mismo tiempo, sin embargo, definió que la consulta prelegislativa es un derecho colectivo de los pueblos indígenas y no un simple procedimiento de deliberación parlamentaria. De allí en adelante, todas las leyes que toquen asuntos de los pueblos indígenas deben pasar el filtro de dicho proceso consultivo. Dos años más tarde se expide, por decreto ejecutivo, un reglamento de consulta previa en procesos de licitación de áreas y bloques hidrocarburíferos. La nueva normativa tenía como objetivo activar la XI ronda de concesiones petroleras (21 bloques) en el centro y nororiente de la Amazonía, donde se asientan siete nacionalidades indígenas[67].

> La consulta se hizo desde mayo de 2011 hasta noviembre 2012 en diecisiete bloques y se reportó haber consultado a 10 469 habitantes —es decir, el 7% de un total de 138 544— y se firmaron acuerdos de inversión por US$ 115 millones. Para ello funcionaron 45 oficinas permanentes, 106 oficinas itinerantes y se llevaron a cabo 37 audiencias y 42 asambleas comunitarias. No se ingresó a ocho bloques, donde existe mayor oposición, y el gobierno del presidente

---

[66] Ante la estabilización del conflicto, Correa invocó su específica comprensión de la dinámica democrática: “Ahora resulta que el buen vivir es cerrar las minas […] invoquemos nosotros también, la *gran mayoría del pueblo ecuatoriano*, el derecho a resistir a que pequeños grupos, absolutamente *minoritarios, nos impongan sus particulares visiones*”. Palabras de R. Correa, 19 de enero de 2009 (Énfasis anañido).

[67] García, Fernando, “Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana”, cit.

> Correa con esta acción dio por cumplido este derecho colectivo de las nacionalidades y pueblos indígenas[68].

Si desde la perspectiva del poder ejecutivo tal consulta tomaba la forma de un cauce institucional de (parte de) los conflictos socioambientales, en particular aquellos activados directamente por los pueblos indígenas, para estos semejante institucionalización del conflicto no hacía sino prolongar las desiguales relaciones de poder que apuntalan la explotación petrolera. Para las organizaciones indígenas, entonces, la consulta no tenía validez legal ni legitimidad democrática, pues no se emplearon los procedimientos establecidos para el efecto en el Convenio 169 de la OIT, no se canalizó la consulta por medio de las instituciones de poder local (autoridades comunitarias u organizativas), y el Estado no procedió de "buena fe" en la perspectiva de alcanzar algún acuerdo u obtener consentimiento de las acciones planificadas[69].

La contestación jurídica al emplazamiento de la consulta ocupó pues un espacio central en la dinámica de confrontación al extractivismo por parte de las organizaciones sociales. Se trataba de una operación pública que, "desde abajo", contrajudicializaba el conflicto ambiental empleando no solo las narrativas que el propio gobierno había consagrado en el curso del proceso de reemplazo constitucional —derechos de la naturaleza, buen vivir, poder social—, sino activando los derechos y garantías que la nueva Carta Magna brindaba para abrir los cauces de la participación popular en el proceso decisional: demandas de consulta previa, de consulta popular, acciones de protección, etc.

Delamata[70] sugiere la configuración de un inédito activismo constitucional en el campo de la conflictividad ambiental como parte de la puesta en escena de *un* conjunto de prácticas sociales colectivas y voces expertas —la "comunidad garantista"— que se valen de principios y derechos constitucionales en debates públicos y arenas institucionales para producir un cambio de políticas o impulsar líneas de cambio que integren perspectivas alternativas sobre las relaciones entre economía, cultura y naturaleza. Dicha movilización

---

68 Ibíd., p. 82.

69 Ibíd., p. 83.

70 Delamata, Gabriela, "Actualizando el derecho al ambiente. Movilización social, activismo legal y derecho constitucional al ambiente de 'sustentabilidad fuerte' en el sector extractivista megaminero", cit.; y Delamata, Gabriela, "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", *Sociologias*, vol. 15, n.º 32 (2013b), pp. 148-180.

asume a la Constitución como un macro marco de interpretación política —*master frame*, en términos de Snow y Benford— sobre la dinámica de la movilización, la justeza de las demandas y la pertinencia de formas democráticas de gobierno —específicos arreglos comunitarios o institucionales— de los conflictos. Tal despliegue de disputa constitucional contribuye al proceso de generalización de la causa y a su nítida inscripción en el espacio de la alta política estatal.

La ocupación de los tribunales no desactivó, como suele sugerirse, el recurso a la movilización callejera. En marzo de 2012, mientras el gobierno avanzaba en la ampliación de la frontera petrolera, el movimiento indígena junto con otros actores sociales y políticos volvió a convocar a una gran protesta nacional denominada "La marcha por el agua, la vida y la dignidad de los pueblos". La manifestación atravesó el país, en la sierra y la Amazonía, de sur a norte (diez provincias) entre el 8 y el 21 de marzo. Ortiz[71] sugiere que el conjunto de manifestaciones locales y regionales agregaron a la marcha cerca de 70 000 personas en medio de una gran cobertura mediática.

El recorrido dibujado hizo de la manifestación un proceso de ensamblaje y de enlace entre diversos territorios locales y, en particular, entre aquellos afectados por los estragos de la minería. Los escenarios de movilización local se ponían en contacto por la caminata de 400 activistas de la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) que recorrieron el país por 13 días. El carácter multiescalar de la movilización antiextractivista se ponía a prueba, con éxito, en medio de concentraciones, mítines, asambleas locales, reuniones, protestas, actos culturales, etc., con que se recibía en cada provincia o localidad a los marchantes de la Conaie. La confrontación y represión del gobierno no hizo sino volver más visible la movilización y, nuevamente, la colocó en el centro del debate político. Aún si quedaban dudas de la centralidad del discurso antiminero[72] en la identidad política de la marcha —pues aquella tomó más la forma de un dispositivo de confrontación al gobierno y de unificación de un campo popular segmentado—, prácticamente ningún actor político o social de relevancia en el juego democrático fue indiferente a su despliegue y a la impugnación social en defensa del agua y la naturaleza.

---

[71] Ortiz, Santiago, "Marcha por el agua, la vida y la dignidad de los pueblos", cit.

[72] Ibíd.

5. Cierre

El acantonamiento de los conflictos ambientales en lo local parece uno de los rasgos constitutivos de la lucha antiextractivista en América Latina. Bajo dicha sospecha este trabajo exploró si semejante confinamiento tuvo lugar en el Ecuador posconstituyente (2007-2013). Para el efecto, se puso a prueba el potencial analítico esbozado por la teoría de los campos de conflictividad para determinar si cierta dinámica de conflictividad se proyecta como un problema público general (politización) o queda confinado en estrechos circuitos espaciales, organizacionales y políticos. Una lectura agregada de cada una de las tres dimensiones exploradas —la triada visibilización/irradiación/interpelación— permite concluir que a pesar de la baja propensión del conflicto antiextractivista a ser apropiado por actores distintos a los impugnadores pioneros (campesinos, indígenas, ecologistas, comuneros), sí alcanzó importantes niveles de visibilidad pública, sí configuró un espacio multiescalar (local-regional-nacional) de asentamiento y sí consiguió interpelar a las cimas del poder político y llamar la atención de otros actores en el seno de la sociedad civil. Semejante constatación permite poner en duda las hipótesis sobre el encapsulamiento político de la lucha ambiental, lo que no niega que cada episodio o ciclo de conflicto en determinadas localidades pueda muchas veces quedar confinada a micro juegos de poder en el territorio. La politización del conflicto ambiental en el Ecuador postconstituyente se asentó en la capacidad de ciertos mecanismos contextuales (la Constitución de Montecristi y el álgido debate en torno a sus postulados ecologistas) y organizacionales (la centralidad del movimiento indígena y sus redes asociativas en gran parte del territorio) para desatar una dinámica de confrontación política que, desde específicas campañas de movilización contra la minería (2009) o por el agua (2012), puso frente a frente a dos grandes narrativas públicas sobre los nexos entre desarrollo, naturaleza y cultura. Los relatos oficial (presidencial) y movimientista fueron reconfigurándose, de este modo, en medio del conflicto, expandiendo así la audibilidad política de la cuestión ambiental y estabilizando el litigio en la esfera pública. Así, en la propia dinámica interna del conflicto socioestatal se encuentran los vectores que dan cuenta de la cabal politización de lucha ambiental en el Ecuador del siglo XXI.

Bibliografía

Acosta, Alberto, *El buen vivir en el camino del post-desarrollo: una lectura desde la Constitución de Montecristi*, Friedrich-Ebert-Stiftung-ILDIS, Quito, 2010.

Barthe, Yannick, *Le pouvoir d'indécision. La mise en politique des déchets nucléaires*, Economica, París, 2006.

Bebbington, Anthony y Humphreys, Denise, "Actores y ambientalismos: conflictos socio-ambientales en Perú", *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 35 (2009), pp. 117-128.

Benedicto, Jorge y Morán, María Luz, "¿Otra clase de politización? Representaciones de la vida colectiva y procesos de implicación cívica de los jóvenes en situación de desventsaja", *Revista Internacional de Sociología*, vol. 72, n.º 2 (2014), pp. 429-452. DOI: 10.3989/ris.2013.02.22.

Boltanski, Luc y Chiapiello, Eve, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, París, 1999.

Cefaï, Daniel, "Investigar los problemas públicos con y más allá de Joseph Gusfield", en Gusfield, Joseph (ed.), *La cultura de los problemas públicos. El mito del conductor alcoholizado versus la sociedad inocente*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014, pp. 11-58.

Cefaï, Daniel, "La construction des problèmes publics. Définitions de situations dans des arènes publiques", *Réseaux, en Communication-Technologie-Société*, vol. 14, n.º 75 (1996), pp. 43-66.

Cefaï, Daniel, Carrel, Marion, Talpin, Julien, Eliasoph, Nina y Lichterman, Paul, "Ethnographies de la participation", *Participations*, n.º 3 (2012), pp. 7-48.

Delamata, Gabriela, "Actualizando el derecho al ambiente. Movilización social, activismo legal y derecho constitucional al ambiente de 'sustentabilidad fuerte' en el sector extractivista megaminero", *Revista de la Carrera de Sociología*, n.º 3 (2013), pp. 55-90.

Delamata, Gabriela, "Movimientos sociales, activismo constitucional y narrativa democrática en la Argentina contemporánea", *Sociologías*, vol. 15, n.º 32 (2013b), pp. 148-180.

Dewey, John, *Le public et ses problèmes*, Gallimard, París, 2010.

Dosh, Paul y Kligerman, Nicole, "Correa vs. social movements: showdown in Ecuador", *NACLA. Report on the Americas*, vol. 42, n.º 5 (2009), pp. 21-24.

Eliasoph, Nina, *Avoiding politics: How Americans produce apathy in everyday life*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

Escobar, Arturo, "El "postdesarrollo" como concepto y práctica social", en Mato, Daniel (coord.), *Políticas de economía, ambiente y sociedad en tiempos de globalización*, UCV, Caracas, 2005, pp. 17-31.

Fontaine, Guillaume, "Verde y negro: ecologismo y conflictos por petróleo en el Ecuador", en Fontaine, Vliet y Pasquis (cords.), *Políticas ambientales y gobernabilidad en América Latina*, Flacso, Quito, 2007, pp. 223-254.

García, Fernando, "Territorialidad y autonomía, proyectos minero-energéticos y consulta previa: el caso de los pueblos indígenas de la Amazonía ecuatoriana", *Anthropologica*, vol. 32, n.º 32 (2014), pp. 71-85.

Guerrero, Fernando y Ospina, Pablo, *El poder de la comunidad: Ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes ecuatorianos*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, 2003.

Gusfield, Joseph, *Drinking Driving and the symbolic order. The culture of public problems*, The University of Chicago Press, Chicago, 1981.

Hamidi, Camille, "Éléments pour une approche interactionniste de la politization", *Revue française de science politique*, vol. 56, n.º 1 (2006), pp. 5-25.

Hanna, Pitkin, "Justice: on Relating Public and Private", *Political Theory*, vol. 9, n.º 3 (1981), pp. 327-352.

Jacques Lagroye, "Les processus de politization", en Lagroye, Jacques (dir.), *La politisation*, París, Belín, 2003, pp. 359-372.

Kitzberger, Philip, "Counterhegemony in the media under Rafael Correa's citizens' revolution", *Latin American Perspectives*, vol. 43, n.º 1 (2016), pp. 53-70.

Latorre, Sara, "El movimiento ecologista popular anti-minero en el Ecuador", *Ecuador Debate*, n.º 87 (2012), pp. 123-145.

Latorre, Sara, "El ecologismo popular en el Ecuador: pasado y presente", *Revista Escuela Politécnica Nacional Quito-Ecuador*, n.º 1 (2015), pp. 1-42.

Le Quang, Matthieu, *Dejar el petróleo bajo tierra. La iniciativa Yasuní ITT*, Iaen, Quito, 2013.

Leff, Enrique, "La ecología política en América Latina. Un campo en construcción", en Alimonda, Héctor (ed.), *Los tormentos de la materia. Aportes para una ecología política latinoamericana*, Clacso, Buenos Aires, 2006, pp. 21-40.

Lemieux, Cyril, "À quoi sert l'analyse des controverses?", *Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle*, n.º 1 (2007), pp. 191-212.

Lascoumes, Pierre y Le Galès, Patrick, *Sociología de la acción pública*, El Colegio de México, México, 2014.

Martí, José Luis, “La noción de ideal regulativo: preliminares para una teoría de los ideales regulativos en el derecho”, ponencia presentada en el X Encuentro del Seminario Hispano-italiano de Teoría del Derecho, celebrado en la Universidad Autónoma de Madrid, los días 24 y 25 de septiembre de 2004.

Mathieu, Lilian, “The emergence and uncertain outcomes of prostitutes' social movements”, *European Journal of Women's Studies*, vol. 10, nº. 1 (2003), pp. 29-50.

Melucci, Alberto, *Acción colectiva, vida cotidiana y democracia*, México, El Colegio de México, 1999.

Merlinsky, Gabriela, “Cartografías del conflicto ambiental en Argentina. Notas teórico-metodológicas”, *Acta Sociológica*, vol. 73 (2017), pp. 221-246.

Merlinsky, Gabriela, “Una sociología reflexiva para el análisis de los conflictos ambientales: notas teórico-metodológicas en torno a dos estudios de caso”, *Revista Debate Público*, año 5, n.º 10 (2015), pp. 30-41.

Neveu, Eric, *Sociología de los movimientos sociales*, Abya Yala, Quito, 2000.

O'Donnell, Guillermo y Oszlak, Óscar, “Estado y políticas estatales en América Latina: hacia una estrategia de investigación”, *Revista Redes*, vol. 2, n.º 4, (1995), pp. 99-128.

Ortiz, Santiago, “Marcha por el agua, la vida y la dignidad de los pueblos”, *Letras Verdes*, n.º 19 (2016), pp. 45-66.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe Desarrollo Humano en Chile 2015: los tiempos de la politización*, PNUD, Santiago de Chile, 2015.

Ramírez Gallegos, Franklin y Guijarro, Juan, “Équateur: une “Révolution citoyenne” contestée”, État des résistences dans le Sud. Amérique Latina, vol. 18, n.º 4 (2012), pp. 53-63.

Ramírez Gallegos, Franklin y Stoessel, Soledad, “Postneoliberalismo, cambio y conflicto político en el Ecuador de la Revolución Ciudadana”, en Argento, Melisa y Ciccone, Ana Laura (coords.), *Pulsión de cambio: movimiento latinoamericano en la construcción de proyectos contra-hegemónicos*, Último Recurso, Rosario-Argentina, 2015, pp. 133-190.

Ramírez Gallegos, Franklin, “Processo costituente ecuadoriano e legittimazione democratica: un contrappunto andino”, en Bagni, S. (ed.), *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir. Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latinoamericano*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013, pp. 103-136.

Ramírez Gallegos, Franklin, "Fragmentación, reflujo y desconcierto. Movimientos sociales y cambio político en el Ecuador (2000-2010)", *Revista OSAL*, n.º 28 (2010), pp. 17-47.

Ramírez Gallegos, Franklin, "Decisionismos transformacionales, conflicto político y vínculo plebeyo. Poder y cambio en la nueva izquierda sudamericana", en VV.AA, *América Latina. 200 años y nuevos horizontes*, Secretaría de Cultura de la Nación, Buenos Aires, 2010, pp. 131-157.

Ramírez Gallegos, Franklin, *Coaliciones parlamentarias y conflictividad social en el Ecuador. La política de la transición post-constituyente* (2009-2011), Asamblea Nacional del Ecuador, Quito, 2013b.

Schillagi, Carolina, "Problemas públicos, casos resonantes y escándalos", *Polis*, n.º 30 (2011), en https://journals.openedition.org/polis/2277

Senplades (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo del Ecuador), *Plan Nacional de Desarrollo 2007-2010*, Senplades, Quito, 2007.

Snow, David y Benford, Robert, "Master Frames and Cycles of Protest", en Morris, Aldon D. y McClurg Mueller, Carol (eds.), *Frontiers in Social Movement Theory*, New Haven, CT: Yale University Press, 1992, pp. 133-155.

Svampa, Maristella, "Consenso de los commodities, giro ecoterritorial y pensamiento crítico en América Latina", *Revista Osal*, n.º 32 (2012), pp. 15-38.

Tilly, Charles, "Conflicto político y cambio social", en Ibarra, Pedro y Tejerina, Benjamín (eds.), *Los movimientos sociales. Transformaciones políticas y cambio cultural*, Trotta, Madrid, 1998, pp. 25-42.

Touraine, Alain, *El regreso del actor*, Editorial Universitaria, Buenos Aires, 1987.

Dignidad humana, fundamentación de los derechos y derechos de la naturaleza

Francisco Javier Díaz Revorio*

La camioneta ya estaba en la plaza, lista para marcharse. Era una que hacía portes. Rosita, Sergio y yo nos acomodamos lo mejor que pudimos entre las cajas y los paquetes.

Nos subimos los cuellos de los gabanes, nos apretamos unos a otros y no sacamos las manos de los bolsillos ni para fumar, porque soplaba con todas sus fuerzas un viento helado y nos azotaban la cara las gotas del aguanieve.

—Si tus amigos no fallan —le dije a Maldonado—, con lo de extras nos ahorraremos esto de ir siempre de un lado a otro.

Maldonado se lamentó:

—Me parece que yo lo echaré de menos.

—Yo no. Estaba deseando dejar esta vida. Alguien me dijo una vez que no éramos ni cómicos, que éramos vagabundos.

—Es también una hermosa profesión.

—Yo echaré de menos algunas cosas —dijo Rosi—, pero otras desde luego que no. Y estar en Madrid me apetece mucho.

—¿Qué piensas encontrar allí? —le preguntó Maldonado.

—Por lo pronto, encontraré a Madrid.

—De eso no cabe duda.

[…]

* Catedrático de Derecho Constitucional. Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España).

Yo, muy serio, porque realmente lo pensaba, comenté:

—Y, sobre todo, tendremos más dignidad.

Con una sorpresa exageradísima, abriendo dos ojos como platos, como si nunca hubiera oído esa palabra, preguntó Maldonado:

—¿¡Más qué!?

Asustado por aquella reacción, repetí con cierta timidez:

—Dignidad, he dicho.

Maldonado no apartaba de mí sus asombrados ojos, y comprendí que quizá aquella palabra era un tanto desproporcionada. Traté de matizar.

—Bueno, no sé, no sé si es eso lo que quiero decir... Pero, en fin, supongo que a los extras, a veces, los llevarán a trabajar a un pueblo.

—Sí, a veces. Muy pocas, porque hay que pagar dietas, y claro...

Le interrumpí, excitado, tratando de hacerle comprender lo que había querido decir:

—¿Y los llevan así, así, como vamos nosotros ahora?

Y señalé con la mirada las cajas de mercancías que nos rodeaban.

—No —reconoció Maldonado.

Yo grité:

—¡Pues eso digo! ¡Dignidad! ¡Dignidad!, o como se llame...

Dibujó su media sonrisa Maldonado para rectificarme:

—Se llama "confort".

—Bueno, pues eso...

Pero inmediatamente me arrepentí de haber estado de acuerdo y volví a lo mío:

—Aunque me parece que no, que no es lo que yo digo.

—Ay, Galván, Galván, hijo y nieto de Galvanes, de cómicos, de vagabundos... No reniegues de tus ancestros. ¿Quieres viajar en wagon-lits en vez de viajar en esta simpática camioneta? Me parece muy bien. ¿Quieres beber las burbujas de esa champaña extranjera en vez de valdepeñas? Pues muy bien. ¿Quieres comer ostras y turnedó y no pan y queso? Muy bien, hombre. Pero ¿para qué quieres la dignidad? Antes a los cómicos los perseguían, los marcaban con hierros candentes, no los enterraban en sagrado... Ahora nos soportan, nos dejan vivir a nuestro aire, aunque no sea el aire de ellos, y a algunos les dan premios y los sacan en los papeles. No te quejes, Galván.

—Sí, pero eso es a los de Madrid.

—Pues allí vamos, hombre, allí vamos.

—Yo en eso digo lo que Maldonado, primo —dijo Rosita—. Eso de la dignidad casi no sé lo que es. Lo que quiero es que en Madrid me vaya bien. Pero... ¿me irá bien?

(Fernando Fernán-Gómez, *El viaje a ninguna parte*)

¿Cómo se puede comprar o vender el cielo o el calor de la tierra?, esta idea nos parece extraña.

Si no somos dueños de la frescura del aire, ni del brillo del agua, ¿Cómo podrán ustedes comprarlos?

Cada pedazo de esta tierra es sagrado para mi pueblo, cada aguja brillante de pino, cada grano de arena de las riberas de los ríos, cada gota de rocío entre las sombras de los bosques, cada claro en la arboleda y el zumbido de cada insecto son sagrados en la memoria y tradiciones de mi pueblo.

(Carta del jefe indio Seattle al presidente
de los Estados Unidos de América)

A manera de introducción: dignidad, constitución, derechos fundamentales

Como fácilmente puede comprenderse, resulta imposible en unas pocas páginas llevar a cabo un examen mínimamente riguroso y profundo de las muchas facetas que plantea un concepto tan amplio y complejo como el de la dignidad. No es esa, ni mucho menos, la pretensión de este trabajo. Mucho más modestamente, se tratará de apuntar algunas breves ideas generales sobre el sentido de este valor, para, a continuación, centrarnos en algunos de los problemas propiamente jurídicos que plantea. Todo ello tomando como cuestión nuclear el papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos humanos, así como la eventual compatibilidad de este fundamento con algunos de los llamados "nuevos derechos", y en particular con los derechos de la naturaleza, que aparentemente se desvincularían de la dignidad como (posible) fundamento común de todos los derechos.

Planteamiento: aproximación lingüística. La dignidad en el pensamiento religioso, filosófico y político

Al igual que otros conceptos incorporados a los textos constitucionales e internacionales, la dignidad es una idea que ha sido objeto de elaboración en disciplinas ajenas al derecho. El derecho, y muy especialmente el derecho constitucional, se caracteriza con frecuencia por incorporar determinados valores que tienen un sentido y significado previo, no solo en el lenguaje común, sino también en el propio de diversas disciplinas científicas, como la filosofía o la ciencia política. Estos sentidos previos se han ido formando con frecuencia a lo largo de la historia. Desde luego, eso no conlleva que el significado jurídico coincida por completo con el sentido que dan a un término específico estas otras ciencias, aunque cabe suponer que ese sentido preexistente no puede ignorarse por completo por el derecho, pues este está compuesto por un conjunto de disposiciones que han de resultar mínimamente inteligibles, lo cual no es fácil si necesitan ser objeto de determinación de un contenido o significado totalmente ajeno al que derivaría de la propia palabra, de acuerdo con la historia y la elaboración que a lo largo de esta se ha hecho de ese sentido.

Aquí nos vamos a centrar en el significado y consecuencias jurídicas de la dignidad. Sin embargo, y por lo que se ha dicho, tampoco es improcedente indagar, aunque sea de forma muy breve, en el origen de este concepto y su significado a lo largo de los tiempos. Esta evolución habrá dejado su huella en el sentido lingüístico actual de la palabra. Sin embargo, si revisamos las ocho acepciones de la palabra "dignidad" en el *Diccionario* de la Real Academia Española[1], en realidad solo la primera ("cualidad de digno") y en cierto sentido la segunda ("excelencia, realce") nos pueden dar alguna pauta para entender el sentido jurídico de este término, cuando se refiere al ser humano. "Digno", por su parte, puede significar, en lo que aquí interesa, "merecedor de algo" o tal vez "correspondiente, proporcionado al mérito y condición de alguien o algo".

"Dignidad", con referencia al ser humano, apuntaría por tanto al valor propio y específico de la persona, un valor en cierto modo especial o destacado, en el sentido de ser común a todo ser humano, pero exclusivo del ser humano.

Desde esta perspectiva, y considerando también la formación histórica del concepto, parece difícil no aludir al origen religioso que probablemente

---

[1] Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 24.ª ed., Espasa, 2014. Hoy accesible también en la web www.rae.es

tiene el término. En diversas religiones, es la relación con Dios la que da valor al ser humano. En el cristianismo, el relato del Génesis[2] apunta en esa línea: el hombre —o, para ser más exactos, y dicho sea de paso, la mujer— es la culminación de la creación, y en cierto sentido el ser más elevado de esta, en la medida en que Dios lo hizo a su imagen. Desde luego, ello es compatible con el alto valor de la vida y la naturaleza en el mismo ámbito religioso en muchas confesiones[3], pero siempre poniendo el centro en el ser humano.

Ese sentido de la dignidad como especial valor del ser humano por su relación con Dios se va a mantener a lo largo de la historia, aunque no sea el único.

En el ámbito filosófico, e incluso antes de los orígenes del cristianismo, se han destacado los orígenes del concepto de dignidad en autores como Platón, Aristóteles, Cicerón o Séneca[4].

Más tarde, probablemente con el iusnaturalismo racionalista, se va a forjar la idea de que el especial valor del ser humano reside en la posesión natural de derechos que pueden deducirse por la razón. Siendo estos derechos fundamentalmente la vida, la libertad y la propiedad —en los términos de John Locke— y siendo predicables en idéntico modo de todo ser humano por el mero hecho de serlo, la dignidad aparece así, sea o no de forma explícita, como base tanto de la igualdad como de la libertad.

Kant[5] va a dar un nuevo fundamento y enfoque a la idea de dignidad. En efecto, su segundo imperativo categórico impone tratar a cualquier otro ser

---

[2] Existen, como es sobradamente conocido, muy numerosas ediciones de la Biblia, y además el relato de la creación es comúnmente conocido y contiene elementos comunes en varias confesiones. Puede darse como referencia la edición de Eloino Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto, directa de las lenguas originales, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2017.

[3] Como simple muestra puede verse Mateo 6, 26: "Mirad cómo las aves del cielo no siembran, ni siegan, ni encierran en graneros; y vuestro Padre celestial las alimenta. ¿No valéis vosotros más que ellas?; o Mateo 10, 29-31: "¿No se venden dos pajaritos por un as? Sin embargo, ni uno de ellos cae en tierra sin la voluntad de vuestro Padre. Cuanto a vosotros, aun los cabellos todos de vuestra cabeza están contados. No temáis, pues valéis más que muchos pajarillos". En fin, cabe también mencionar al alto valor concedido a todos los seres vivos por alguna de las figuras claves en la historia del cristianismo, como Francisco de Asís.

[4] Pele, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 69 y ss.

[5] Las primeras y más conocidas formulaciones del imperativo categórico se contienen en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (puede consultarse, por ejemplo, la edición de Luis Martín de Velasco, Austral, Madrid, 9.ª ed., 1990), aunque hay también una formulación posterior en la *Crítica de la razón práctica.*

humano como un fin en sí mismo, y nunca como un medio, es decir, no instrumentalizarlo. Esta idea expresa, además de un mandato moral, el especial valor del ser humano, pero este ya no va a tener una fundamentación religiosa, sino precisamente moral.

La dignidad en las declaraciones de derechos: siempre implícita, tardíamente explícita

Es muy probable que las concepciones filosóficas a las que brevemente me he referido, e incluso las religiosas, estuvieran presentes en la mente de los redactores de las primeras declaraciones de derechos. Cuando la Declaración de Independencia de las 13 colonias afirma: "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables; que entre estos están la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad", sin duda está haciendo referencia al valor del ser humano, igual en todos los casos, por voluntad de su Creador. Algo similar cabría decir de la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia ("Que todos los hombres son, por naturaleza, igualmente libres e independientes…"), aunque aquí se omite ya la referencia al Creador, o de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano francesa de 1789 ("Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos"), entre tantas otras declaraciones que contienen referencias similares.

Como se viene indicando, se destaca aquí la proclamación de una libertad y una igualdad que son la base de los derechos, pero a su vez derivan de la especial naturaleza del ser humano. Aunque es fácil ver aquí un sentido o concepto de la dignidad del ser humano, la verdad es que no existe en estas declaraciones iniciales una proclamación expresa de esa dignidad, a diferencia de lo que sucede con la libertad y la igualdad. La dignidad constituiría así una especie de fundamento de los grandes valores de libertad e igualdad, en los que a su vez encuentran base los distintos derechos concretos. Pero estos primeros textos no procedieron a una proclamación expresa y específica de la dignidad humana, que permanece así como un valor implícito o presupuesto.

De hecho, hay que esperar hasta el final de la Segunda Guerra Mundial, y en el contexto muy concreto de la Alemania recién salida del abominable período nazi que supuso la negación total de los más elementales derechos humanos, para encontrar la que quizá a día de hoy siga siendo la proclamación

más enfática de la dignidad en el derecho constitucional occidental, contenida en el primer inciso del artículo de apertura de la Ley Fundamental de Bonn: "Die Würde des Menschen ist unantastbar" ("La dignidad humana es intangible"). Esta proclamación resultaba novedosa en el derecho comparado, y en ella desde el principio se apuntaron reminiscencias kantianas, hasta el punto de que parte de la doctrina y la jurisprudencia la equipararon con una fórmula de no instrumentalización (*Objektformel*)[6]. Lo cierto es que ha generado una enorme influencia posterior, de manera que la referencia a la dignidad se ha incorporado en diversos textos constitucionales posteriores, como la propia Constitución española de 1978 en su artículo 10.1 (aunque con una formulación bien diferente), y de forma casi idéntica se repite en el artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que abre un capítulo titulado precisamente "Dignidad" con la siguiente proclamación: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida".

Por lo demás, la referencia a la dignidad se va a encontrar también en otras declaraciones internacionales de derechos. Ya la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es un año anterior a la Ley Fundamental de Bonn, contiene varias referencias explícitas a la dignidad en el Preámbulo; pero además abre su articulado con una proclamación, que entronca indudablemente con las primeras declaraciones de derechos del constitucionalismo contemporáneo, pero que introduce también la referencia directa a la dignidad: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

En similar sentido encontramos varias referencias en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que lo ubican como valor principal y fundamento de los derechos. Sorprendentemente, el Convenio de Roma no menciona la dignidad ni en el Preámbulo ni en el articulado. Por lo demás, hay que mencionar la existencia de algunos textos específicamente referidos al ámbito de los avances biomédicos y genéticos, como la Declaración Universal sobre el Genoma Humano, aprobada por la Unesco el 11 de noviembre de 1997, y sobre todo Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y

---

[6] Véase Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad humana y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp. 29 ss.

la Medicina (Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina) hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, con el Protocolo Adicional por el que se prohíbe la clonación de seres humanos, hecho en París el 12 de enero de 1998.

En suma, la dignidad humana ha estado presente en las declaraciones de derechos desde los orígenes del constitucionalismo, como fundamento o trasfondo último de los propios derechos, pero su plasmación expresa ha tenido que esperar hasta el final de la Segunda Guerra Mundial[7].

Hacia un concepto jurídico de dignidad

Como se ha visto, las referencias a la dignidad humana (o dignidad de la persona) en textos constitucionales e internacionales se han ido generalizando en las últimas décadas. No es posible analizar aquí con detalle los diversos enunciados

[7] En este sentido discrepo, aunque en el fondo creo que tal discrepancia no sea tan profunda, con el comentario crítico que formula Miguel Revenga Sánchez a esa idea en "Gramática de valores y genealogía de derechos", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 88 (abril 2010), pp. 393 ss., quien, comentando generosamente mi libro *Los derechos humanos ante los avances científicos y tecnológicos. Genética e Internet ante la Constitución*, Tirant Lo Blanch, Valencia, México, 2009, afirma "desde luego discrepamos de la idea —sostenida por Díaz Revorio— de la evolución lineal del constitucionalismo, desde la era de las Revoluciones hasta nuestros días, a partir de un núcleo de valores que se ha mantenido incólume. La parte sustancial de nuestras concepciones en materia de derechos fundamentales proceden más bien del momento inmediato posterior a la Segunda Guerra, y del feliz compromiso de los teóricos del derecho y de los operadores jurídicos con el parágrafo de apertura de la Ley Fundamental de Bonn. Por mucho que hoy nos sea dado leer una Declaración de derechos como la de la Carta europea bajo el lecho de Procusto de unos valores (dignidad, libertad, igualdad, solidaridad, ciudadanía y justicia) que cuajan en derechos, todos sabemos que lo que hay en ello, antes que otra cosa, es simple obsesión clasificatoria y dialéctica del 'como si'". Pero inmediatamente añade: "En cambio, nadie que esté al corriente de los desarrollos del constitucionalismo puede poner en duda que la dignidad de la persona ha sido el auténtico *leit motif* de una teoría normativa resistente a ciertos ensanchamientos de las limitaciones legítimas de los derechos, y moldeable para situar bajo el manto protector de lo intangible ciertas proyecciones o exteriorizaciones de lo que no aparece en ellos de manera expresa". Mi opinión, en suma, no deja de reconocer que nuestro constitucionalismo actual (o al menos el europeo) tiene como referencia más próxima la Ley Fundamental de Bonn y los textos posteriores a la Segunda Guerra Mundial, pero ello no significa —a mi juicio— que estos supongan una ruptura con el constitucionalismo anterior o se desvinculen de él. Más bien son una evolución que transforma el Estado de derecho en "Estado social y democrático de derecho" y que amplía así los derechos fundamentales. En este contexto, la aparición de forma explícita de la dignidad como valor intangible (pero de plasmación, por primera vez, tangible, si se me permite el juego de palabras) debe entenderse como intento de superar de una vez para siempre las experiencias negadoras de los derechos humanos que se vivieron en el mundo de entreguerras, retomando la senda del Estado de derecho, aunque sin duda actualizando sus valores y ampliando su catálogo de derechos. La dignidad se enuncia por primera vez, pero siempre estuvo ahí. La proclamación expresa se hace para no repetir la mayor negación de dicha dignidad que el mundo había conocido en momentos recientes.

que contienen dicha proclamación, y cuyas diferencias de redacción pueden no estar desprovistas de consecuencias jurídicas. Pero me parece que todas ellas tienen más elementos en común que diferenciales, de manera que es posible un análisis del sentido jurídico del valor de la dignidad que pueda afrontar los problemas comunes que esta proclamación plantea. Es verdad que el análisis completo requerirá considerar la redacción del texto constitucional del que se trate, pero existen sin duda ciertos retos o problemas comunes.

Como ya se ha apuntado, el enfoque de este trabajo intenta ser propiamente jurídico, y por ello no profundizaremos en la búsqueda de un concepto general o universalmente válido de dignidad desde la perspectiva filosófica, política, histórica o cualquier otra, sino que más bien nos centraremos en el esfuerzo de intentar dotar de un contenido y de un significado jurídico a la idea de dignidad, partiendo de la premisa de que lo que los constituyentes o los redactores de textos internacionales de derechos han incluido en ellos debe tener un sentido y unas consecuencias más o menos especificables.

Para llegar a determinar ese sentido y consecuencias habría que abordar diversas cuestiones. Simplificando mucho, la primera sería la relativa al papel de la dignidad en la fundamentación de los derechos. A continuación, haremos referencia al posible significado jurídico de la intangibilidad de la dignidad, si es que esta característica implica realmente alguna consecuencia en esta línea. Y en cierto sentido relacionado con esta cuestión, estarían las consecuencias interpretativas de la proclamación de la dignidad, y en especial de su carácter intangible, sobre todo en relación con el método de la ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos. A la solución de estas cuestiones vamos a intentar aportar alguna idea a continuación, para terminar luego el trabajo con el análisis de la relación entre la dignidad y algunos posibles "nuevos derechos", y en especial de los llamados "derechos de la naturaleza".

1. Sobre la fundamentación de los derechos

1.1. Apunte sobre las diversas teorías

No es posible en este trabajo llevar a cabo un análisis crítico profundo de las diversas teorías sobre la fundamentación de los derechos[8]; en realidad, el

[8] Los estudios sobre el tema son muy numerosos y amplios. Por dar alguna referencia de nivel, Prieto Sanchís, Luis, "Algunos problemas sobre la fundamentación de los derechos humanos", en íd., *Estudios*

repaso de las diversas corrientes o teorías sobre la fundamentación (objetivistas, subjetivistas, intersubjetivas, consensualistas, historicistas, racionalistas…) pone de relieve que no parece haber una fundamentación universal de los derechos, y ni siquiera existe consenso sobre si esa fundamentación es posible o necesaria. Casi podría decirse que hay tantas opiniones como autores.

Admitiendo lo anterior, apunto aquí la cuestión de la fundamentación porque siempre ha de abordarse al considerar los derechos humanos, y porque, como vamos a ver inmediatamente, en ella puede jugar un papel relevante la dignidad. Por mi parte, hace años me pronuncié en la línea de que los derechos encuentran fundamentación en determinados valores superiores, los cuales, a su vez, encuentran un fundamento consensual real en cada Constitución o en cada momento histórico; pero como límite o base última que no puede soslayar ese acuerdo aparece precisamente la idea de la dignidad[9]. De ahí la especial relevancia de este "fundamento de los fundamentos".

1.2. El papel de la dignidad en la fundamentación

Ciertamente, para las teorías que niegan la posibilidad de fundamentar los derechos, o que acuden a otras vías para llevar a cabo esta labor, es posible que la dignidad no juegue ningún papel en este proceso. Pero la mayor parte de las teorías, sin embargo, aluden expresamente o necesitan de forma implícita la dignidad como fundamento o base de todos los derechos.

Es habitual señalar que la proclamación constitucional de la dignidad en la Ley Fundamental de Bonn o en los primeros textos internacionales se produce en el contexto de un iusnaturalismo renovado tras las trágicas experiencias negadoras de los derechos humanos anteriores a la Segunda Guerra Mundial. Y ello es cierto, pero desde el momento en que las propias constituciones apelan explícitamente a este valor, la cuestión de su sentido y de su relación con

---

sobre derechos fundamentales, Debate, Madrid, 1990, pp. 17 y ss.; Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y constitución*, 10.º ed., Tecnos, Madrid, 2010, pp. 134 y ss.; Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991, pp. 89 y ss.; Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1 (1981), pp. 77 y ss.; Bastida Freijedo, Francisco J., Villaverde Menéndez, Ignacio, Requejo Rodríguez, Paloma et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 18 y ss.

[9] He explicado esta idea con más detalle en *Valores superiores e interpretación constitucional*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018, pp. 146 y ss. Mi posición resulta próxima a las de Peces-Barba o Eusebio Fernández.

los derechos se plantea de forma acuciante, y ni siquiera un positivista puede soslayarla, ya que lo que está explícitamente incorporado a un texto cuya normatividad no puede negarse ha de tener un sentido o significado.

Por lo demás, la configuración de la dignidad como fundamento, bien sea de la propia Constitución o del orden político, aparece en algunos textos constitucionales, como el artículo 1 de la Constitución de Colombia o el 10 de la Constitución española, entre otros. De este modo, la dignidad va a adoptar, en la mayor parte de los sistemas constitucionales, una posición esencial como base, núcleo o fundamento de los derechos[10]. Y su proclamación explícita exige un esfuerzo para determinar su sentido y significado, así como sus consecuencias jurídicas e interpretativas, como vamos a ver más adelante. Este esfuerzo, al menos en los sistemas que proclaman de un modo u otro este valor, es independiente de la teoría o concepción que se siga sobre la fundamentación de los derechos.

En mi opinión, la dignidad, aunque no sea el único elemento por considerar en la fundamentación de los derechos, tiene un papel esencial, al impedir que una fundamentación consensual, concreta e histórica —con la que en esencia estoy de acuerdo— pueda caer en el relativismo axiológico, que conllevaría una total indiferencia ante un nuevo consenso histórico y concreto que pudiera implantar unos "disvalores". Con todo, es innegable que las concretas exigencias derivadas de esta dignidad pueden variar también históricamente, lo que permitirá la adaptación de la dignidad y otros valores constitucionales a las cambiantes circunstancias. Pero, en todo caso, la dignidad posee en mi opinión un contenido mínimo, que actúa como límite a tales posibles variaciones, y que deriva, por un lado, del propio lenguaje y, por otro, de la tradición constitucional y democrática occidental, cuyos elementos esenciales surgen al comienzo de la Edad Contemporánea, como hemos apuntado al inicio de este trabajo. Ahora bien, el significado concreto de la dignidad puede variar; por ello, en cada momento histórico, el aludido "contenido mínimo" de los valores habrá de ser completado, permitiendo así la adaptación de su significado a las circunstancias cambiantes; para ello será necesario tener en cuenta

---

[10] En las últimas décadas, prácticamente todas las constituciones mencionan de algún modo a la dignidad. Por poner un par de ejemplos de la zona andina, en el artículo 1 de la constitución de Perú se la proclama como "fin supremo de la sociedad y del Estado"; y en el Preámbulo de la Constitución de Ecuador se proclama la voluntad de construir "una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades".

la realidad social, y el significado socialmente admitido, esto es, el "consenso social" sobre el contenido de los valores[11].

La dignidad actúa así como "fundamento último" de todo el sistema de valores y derechos, y permite además, a mi juicio, explicar y clasificar adecuadamente todos los derechos dentro de los dos grandes valores de igualdad y libertad. Si la dignidad, como ya hemos sugerido, alude al especial valor de lo humano, ello significa, por un lado, que todo ser humano comparte ese valor, lo que nos hace iguales; pero también, que cada ser humano es único, irrepetible y en ese sentido "diferente" a todos los demás, lo que implica su libertad para regir su destino. Tanto de la igualdad como de la libertad, así fundamentadas, derivarán los concretos derechos fundamentales.

En suma, si fundamentar un derecho humano implica justificar por qué ha de ser exigido, reconocido y garantizado, la dignidad humana tenderá a jugar, prácticamente en todas las concepciones, un papel mayor o menor en la respuesta a esa pregunta, ya que la referencia a un irrenunciable valor de lo humano hace que resulten innegables las condiciones propias e intrínsecas de la persona y de cada persona. La dignidad implica, después de todo, que cada ser humano debe ser tratado como tal.

1.3. ¿Fundamentar la dignidad?

Con todo, permanece la pregunta de por qué la dignidad ha de ser el fundamento o la base última de los derechos. A esta cuestión trataremos de ir contestando a lo largo de todo el trabajo. En realidad, de momento, bastaría aludir a la lógica de que si los derechos son "humanos", la condición y el valor de lo humano ha de estar en la base de todo el sistema. Por lo demás, es cierto que todos los ordenamientos jurídicos parten del presupuesto del ser humano como sujeto del propio derecho.

---

[11] Como ha destacado Fernández, Eusebio, "Estado, sociedad civil y democracia", en De Asís Roig, Rafael, *et al.*, *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 157-158, en relación con el fundamento de los derechos humanos, exponer estos derechos como reflejo de la idea de dignidad humana "permite llegar a entender que esas creencias compartidas hoy son el resultado histórico de una determinada tradición cultural humanista que nos ayuda a comprender su contenido, alcance y función", de manera que "la variabilidad histórica de los derechos humanos se detiene ante los derechos más básicos". Por ello responde afirmativamente a la pregunta de si hay exigencias básicas irrenunciables, derivadas directamente del principio de dignidad humana.

En todo caso, y como iremos viendo, en algunos sistemas, muy recientemente, se han introducido otros paradigmas que desplazan al ser humano como único centro del sistema jurídico. Ello puede suponer una objeción a la dignidad como fundamento único de los derechos. No creo, sin embargo, que eso suponga hacer desaparecer a la dignidad como valor esencial del que van a derivar los derechos. Pero sí es cierto que, como iremos viendo, la dignidad tendrá que convivir probablemente con otros valores fundamentadores. De todos modos, y como ya he sugerido, en la fundamentación de los derechos la dignidad puede ser uno entre varios elementos.

En suma, y sin perjuicio de ulteriores desarrollos, cabe sugerir la idea de que la dignidad es imprescindible si queremos fundamentar derechos humanos, en la medida en que la persona, de la que se predica ese peculiar valor o condición, es titular de los derechos. Pero ello no será óbice para la presencia de otros posibles valores fundamentadores, que a su vez tendrán su propio contexto y elaboración cultural históricamente formada.

2. Principales cuestiones jurídicas que plantea la dignidad

Hasta ahora hemos llevado a cabo una primera aproximación a la dignidad, así como a su papel en la fundamentación de los derechos. Considerando que la dignidad es un concepto explícita o implícitamente reconocido en gran parte de los textos constitucionales y en textos internacionales de derechos, procede preguntarse por el sentido o significado jurídico de dicho reconocimiento, así como en sus consecuencias en el ámbito de un ordenamiento jurídico. Es verdad que en este terreno hay muchas dudas y pocos acuerdos, pero, desde su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn, la doctrina y la jurisprudencia alemanas, y más tarde las de otros sistemas constitucionales, han ido afrontando y dando respuesta a las numerosas cuestiones que plantea la dignidad como concepto jurídico-constitucional[12]. La influencia alemana ha sido durante mucho tiempo notoria en esta cuestión. Allí ha habido una tendencia a considerar la dignidad como el valor fundamental del sistema constitucional, cuyo carácter

---

[12] No cabe aquí ofrecer siquiera un panorama general del tratamiento jurisprudencial y doctrinal de la dignidad en Alemania. Sin embargo, parece necesario citar al menos algunas decisiones importantes del *Bundesverfassungsgericht* en la materia, y algunos de los trabajos doctrinales de más interés. En cuanto a las primeras, son frecuentes las afirmaciones que ubican a la dignidad como valor fundamental o central del sistema constitucional; así, BVerfGE 6, 32, la considera como "principio supremo de la Constitución"; BVerfGE 35, 202, "punto central del sistema de valores de la Constitución"; BVerfGE 39, 41, señala que

intangible le hace prevalecer además sobre los demás, de forma que, en alguna medida, quedaría exento de ponderación en caso de conflicto.

En España, el artículo 10.1 de la Constitución considera a la dignidad de la persona, junto a otros valores, como "fundamento del orden político y la paz social". La jurisprudencia constitucional española ha destacado también el carácter fundamental de la dignidad en el sistema de valores de la Constitución[13], si bien el desarrollo jurisprudencial y doctrinal del concepto no ha sido tan amplio, ni lo ha perfilado tanto como en Alemania[14]. En todo caso, la influencia alemana en el sistema constitucional español parece clara en la inclusión de este concepto, a pesar de las diferencias[15], que por lo demás

---

la dignidad es el "valor más alto"; BVerfGE 45, 187 la califica como "valor jurídico supremo dentro del orden constitucional"; BVerfGE 48, 127 utiliza la expresión "supremo bien jurídico".

En cuanto a la doctrina, hay que mencionar el clásico trabajo de Dürig, en concreto su famoso comentario al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn (G. Dürig, "Artikel 1", en Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, Manchen, C.H. Beck, 1958), o la dedicación al tema, entre tantos otros, de autores como Benda, Ernst, "Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht", en E. Benda, W. Maihofer y H.F. Vogel (eds.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., Berlin-New Cork, De Gruyter, 1995 (puede encontrarse en español, "Dignidad humana y derechos de la personalidad", en Benda, Ernst et al., *Manual de derecho constitucional*, traducción de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996); Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte", en *Juristen Zeitung*, 2003, e incluso el interesante artículo en prensa "Die Würde des Menschen war unantastbar", en *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003. También es interesante Starck, Christian, "Introducción a la dignidad humana en el Derecho alemán", trad. de A. Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9 (2005), pp. 489-497.

[13] En efecto, el Tribunal Constitucional ha considerado que la dignidad es un valor constitucional, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (f. j. 4), y lo ha calificado como "valor jurídico fundamental", "valor espiritual y moral inherente a la persona", dotado de "relevancia y significación superior", o directamente como "valor superior del ordenamiento" (STC 53/1985, de 11 de abril, f. j. 8, si bien afirmaciones en este sentido han sido muy reiteradas posteriormente, por ejemplo en SSTC 120/1990, de 27 de junio, f. j. 4, 337/1994, de 23 de diciembre, f. j. 12).

[14] Pueden destacarse, como trabajos monográficos, los de González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona,* Civitas, Madrid, 1986; Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996; Serna, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del derecho público", *Derechos y libertades*, n.º 4 (1995), pp. 287-306; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad y derechos fundamentales*, cit.; Oehling de los Reyes, Alberto, "Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana", *Pensamiento Constitucional*, año XII, n.º 12 (2007), pp. 327 y ss.; Oehling de los Reyes, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

[15] Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad…*, cit., insiste en las diferencias entre el sistema alemán y el español (en particular, pueden consultarse las pp. 21 a 24, en p. 22 se afirma expresamente que las similitudes de nuestro texto con el alemán "resultan sólo aparentes").

tienden a desdibujarse tras la incorporación como artículo 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de un precepto cuyo tenor es casi reproducción del alemán[16].

Con todos estos parámetros, procede afrontar la cuestión del significado que este concepto puede tener en el ámbito jurídico-constitucional o, más ampliamente, en el terreno de las normas que contiene derechos fundamentales.

2.1. Hacia un concepto jurídico de dignidad

Sin embargo, y aunque resulte en cierta medida paradójico teniendo en cuenta su innegable carácter central y fundamental, la dignidad posee unos perfiles constitucionales difusos. Las dificultades para definir este concepto son notorias, y han sido reiteradamente destacadas por la doctrina[17]. Ciertamente, se trata de un concepto cuyo significado conlleva cierta ambigüedad, pero a mi juicio ello no supone que se trate de un concepto vacío, carente de sentido, o que carezca de consecuencias jurídicas. A diferencia de lo sucedido en Alemania, donde el esfuerzo por perfilar el significado de este concepto ha sido notable, y a pesar de ciertas dudas, la doctrina y la jurisprudencia han ido avanzando en la delimitación de su sentido; en España parece existir una cierta tendencia a desdibujar ese significado y a difuminarlo en la relación de la dignidad con los derechos y en sus efectos interpretativos[18]. Por su parte, el Tribunal Constitucional, más allá de reiterar el carácter central de la dignidad y su vinculación con los derechos en general y con algunos de ellos en particular, aunque ha extraído de la dignidad consecuencias jurídicas de interés, no ha ofrecido un concepto acabado de esta[19]. Quizá la idea más reiterada por la jurisprudencia constitucional pueda resumirse en la siguiente cita:

---

[16] En efecto, como ya se apuntó, dicho artículo 1 señala: "La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida". La Carta utiliza además este mismo término para dar título a todo el Capítulo I, que contiene artículos dedicados a la vida, la integridad, la prohibición de torturas, esclavitud y trabajo forzado, así como una serie de prescripciones específicas en materia de medicina y biología (art. 3).

[17] Por todos, Von Münch, Ingo, "La dignidad del hombre en el derecho constitucional", trad. de J. Nicolás Muñiz, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 5 (1982), pp. 9-34, en esp., p. 19.

[18] Entre las obras ya citadas sobre la dignidad, merece la pena (aunque no necesariamente se compartan sus conclusiones) destacar el interés del análisis doctrinal y jurisprudencial llevado a cabo por Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad de la persona…*, cit., pp. y 73 ss.

[19] La jurisprudencia constitucional española sobre la dignidad (o, al menos, la utilización de este concepto en las sentencias y autos del Tribunal Constitucional) es relativamente amplia, a pesar de que el

> Proyectada sobre los derechos individuales, la regla del art. 10.1 C.E. implica que, en cuanto "valor espiritual y moral inherente a la persona" (STC 53/1985, fundamento jurídico 8.º), la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre [...], constituyendo, en consecuencia, un *minimun* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona[20].

Por tanto, el Tribunal se ha centrado en ciertas consecuencias interpretativas y procesales, pero no ha diseñado un concepto de dignidad, si bien se deduce de su jurisprudencia que la dignidad de la persona implica la invulnerabilidad de un núcleo vinculado a la propia condición humana, que obliga a respetar el valor intrínseco del ser humano, e impide supeditar este a cualesquiera otros fines.

Esta idea puede abrir un camino para perfilar un concepto. Y creo que este camino, de evidentes resonancias kantianas, es el más adecuado para determinar el sentido constitucional de la dignidad. A mi juicio, el concepto de dignidad de la persona hace referencia a la cualidad que distingue al ser humano y lo hace, como antes he sugerido, a la vez único e igual a todos sus semejantes; entendida de este modo, la dignidad puede predicarse tanto a nivel individual como en abstracto, y está presente tanto en cada ser perteneciente a esta especie como en todo elemento propiamente humano, y en la humanidad en su conjunto.

---

artículo 10.1 está excluido del amparo. A título de muestra, pueden mencionarse algunas de las primeras en las que esta jugó un papel relevante, o en las que el Tribunal estableció ideas de interés, y así podríamos citar, entre otras muchas: SSTC 53/1985, de 11 de abril (en relación con el aborto, ya citada); 89/1987, de 3 de junio, f. j. 2 (en relación con la libertad sexual); 231/1988, de 2 de diciembre (sobre la propia imagen); 120/1990, de 27 de junio (en relación con la situación de los reclusos en huelga de hambre); 57/1994, de 28 de febrero (sobre el registro personal de reclusos); 215/1994, de 14 de julio (en relación con la esterilización de deficientes psíquicos); 212/1996, de 19 de diciembre (sobre la utilización y donación de embriones, ya citada); 224/1999, de 13 de diciembre (en relación con el acoso sexual); 156/2001, de 2 de julio (sobre la vinculación entre dignidad y derechos al honor, intimidad y propia imagen, idea muy reiterada en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional); 192/2003, de 27 de octubre (sobre el descanso y las vacaciones del trabajador).

[20] STC 120/1990, de 20 de junio, f. j. 4, si bien se trata de una cita muy reiterada, con estas o parecidas palabras.

En este sentido, la dignidad "no se pierde" nunca, pues la misma condición de persona permanece toda la vida. Sin embargo, ello no quiere decir que no pueda ser objeto de lesión o injerencia, pues tanto poderes públicos como otras personas pueden vulnerar la dignidad cuando dan a las personas un trato no acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad implica una exigencia ineludible como es la prohibición (en sentido negativo) de utilizar a la persona como medio al servicio de otros fines, de instrumentalizar o "cosificar" al ser humano. Además, los poderes públicos tienen, al igual que sucede respecto a los demás valores constitucionales, la obligación positiva de proteger ese valor, impidiendo que sea lesionado, y adoptando las medidas necesarias para su preservación. Dignidad de la persona es, por tanto, dignidad humana y protege al tiempo no solo aquello que hace a cada persona un ser único e irrepetible, sino también lo que nos une a todos haciéndonos pertenecer a la misma especie[21].

Obviamente, soy consciente de que las reflexiones anteriores no logran tampoco ofrecer un perfil acabado del concepto constitucional de dignidad. Pero a mi juicio son, al menos, suficientes para apuntar las líneas fundamentales de este concepto, y para desterrar cualquier interpretación que, so capa de su ambigüedad, pretenda vaciarlo de contenido o defender que este es completamente disponible por el legislador, o en general por los poderes públicos. Por lo demás, esta idea de la dignidad es coherente con el sentido

---

[21] Desde luego, esta afirmación es susceptible de discusión, y requeriría una justificación más extensa, pero creo que hay argumentos que apuntan en esta línea. Los textos internacionales, cuyos artículos más relevantes hemos trascrito, parecen apoyar este sentido. De forma muy clara, la Declaración Universal sobre el Genoma Humano pone de relieve un concepto de dignidad como valor que afecta a cada ser humano y a la especie en su conjunto, por ejemplo, al afirmar que "el genoma humano es la base de la unidad fundamental de todos los miembros de la familia humana y del reconocimiento de su dignidad intrínseca y su diversidad" (véase el resto del artículo 1 y el artículo 2). En Alemania, de donde nos viene el sentido constitucional del concepto, no solo parece estar asentada esta idea, sino que creo que la propia expresión "Würde des Menschen" o "Menschenwürde" se traduce incluso mejor como "dignidad humana" que como "dignidad de la persona", aunque el matiz sea sutil. De hecho, la versión española del art. 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea habla expresamente de "dignidad humana", lo que, teniendo en cuenta sus efectos interpretativos sobre el artículo 10 de la constitución, aproxima todavía más ambas expresiones. Y en España, aun cuando no hay afirmaciones expresas en un sentido u otro, como veremos, la jurisprudencia constitucional también parece asumir esa dimensión colectiva de la dignidad, por ejemplo, cuando pone en relación este valor con la prohibición de transmisión lucrativa de embriones, o con la prohibición de desarrollar el resultado del llamado "test del hámster". El hipotético nacimiento de un híbrido entre hombre y ratón, dicho sea de paso, no podría considerarse contrario a la dignidad de la persona considerada como valor individual, pues no afecta a la especialidad o especificidad de ningún ser humano concreto, pero en cambio sí repugna a la dignidad "colectiva" de nuestra especie.

filosófico del término, en el sentido visto. Y si bien no es inusual que en el derecho los términos puedan tener significados específicos o más precisos, también resultaría absurdo que este significado chocase o fuese incoherente con el que la palabra utilizada tiene en otros ámbitos, o incluso en el lenguaje común. Desde luego, este concepto ofrecido en "trazos gruesos" está lejos de resolver los diversos interrogantes que plantea la dignidad, como el de su posición constitucional o el de si posee o no una dimensión subjetiva. A continuación vamos a abordar precisamente estas cuestiones.

2.2. Consecuencias jurídico-constitucionales

Trazar las características más destacadas del significado de un concepto no resuelve la cuestión de su sentido o posición jurídico-constitucional. En cuanto a la dignidad de la persona, a pesar de que incuestionablemente este valor tenderá a tener un significado común en todos los ordenamientos, sus consecuencias jurídicas pueden depender, en cierta medida, de la redacción que cada texto normativo utilice en su plasmación. Como veremos más adelante, la intangibilidad se proclama expresamente en el texto alemán, pero no en el español. Este, en cambio, como el colombiano, hacen referencia expresa a su carácter de "fundamento", que en España se refiere al "orden político y la paz social", y en Colombia a la propia Constitución. Por todo ello, las respuestas a las cuestiones sobre su posición y consecuencias constitucionales no es seguro que sean válidas en todos los sistemas constitucionales. Con todas esas cautelas, podrían apuntarse al menos dos consecuencias generales.

En primer lugar, la inclusión de la dignidad en un precepto constitucional le da un carácter normativo[22]. A pesar de que la redacción del precepto que la reconoce pueda tener un sentido aparentemente descriptivo, en realidad encierra un mandato, vinculante para poderes públicos y ciudadanos. Aunque la dignidad sea un concepto parcialmente metajurídico, y aunque su elaboración y fundamentación filosófica preceda incluso a su tratamiento jurídico, su

[22] En esta línea, Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, "Comentario al artículo 10", en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1996, pp. 99 y ss.; y Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad…*, cit., pp. 67 y ss.

inclusión en un texto jurídico le da carácter normativo y preceptivo, de manera que su alcance va más allá del meramente interpretativo de otros preceptos[23].

En segundo lugar, la proclamación de la dignidad en un artículo de la norma suprema le otorga rango constitucional. Ello significa que todas las normas que contradigan lo dispuesto en el precepto que la reconoce, y en particular todas las que vulneren el valor dignidad, son inconstitucionales, correspondiendo a los tribunales ordinarios o al Tribunal Constitucional su inaplicación o anulación.

Las anteriores serían las consecuencias más generales de la proclamación normativa de la dignidad en textos constitucionales o internacionales. A partir de ahí, existen otras cuestiones de gran trascendencia, que sin embargo han sido objeto de gran debate, y pueden depender, en alguna medida, del tipo de proclamación que la norma constitucional realice. Vamos a abordarlas a continuación.

2.3. ¿Es la dignidad un valor o un derecho? El problema de la dimensión subjetiva de la dignidad?

Se suele admitir de forma generalizada que la dignidad es un valor y, con los matices y dudas antes apuntados, que juega un papel fundamentador de los derechos. Pero resulta mucho más dudoso si la propia dignidad es un derecho. Es verdad que la respuesta a esta pregunta puede depender de la redacción del precepto constitucional que reconoce este concepto, o incluso de su contexto y relación con otros preceptos de la misma norma.

Con todo, en mi opinión y como reflexión general, creo que cabe proclamar y admitir que la dignidad es, además de un valor, un derecho subjetivo de rango constitucional. No hay argumentos constitucionales que justifiquen la negativa de ese carácter subjetivo, y sí, en cambio, hay fundamentos para defenderlo.

En primer lugar, esta doble dimensión, subjetiva y objetiva, se predica habitualmente de todos los derechos constitucionales, y no hay razón para excluir a la dignidad de esta doble vertiente. En el caso español, como

---

[23] Algunos autores, por el contrario, parecen defender que su función es exclusivamente interpretativa. Así, por ejemplo, Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 62-63, tras afirmar que la cláusula de la dignidad de la persona no recoge un auténtico derecho fundamental, añade que esta cláusula "opera como criterio interpretativo, pudiéndose utilizar como argumento al servicio de una pretensión basada en otro precepto constitucional (STC 120/1990, 91/2000, etc.)". En la 2.ª edición de esta obra, publicada en 2005, se señalaba más explícitamente (p. 69) que "la cláusula de la dignidad de la persona tiene un mero valor de criterio interpretativo", lo que parece excluir cualquier otra función.

argumento adicional, cabe afirmar que la dignidad, a diferencia de otros valores superiores (más adelante trataré de justificar su equiparación), ha sido ubicada por el poder constituyente en el mismo Título I dedicado a los derechos, y dando inicio a este[24]. En sentido similar, cabe hablar de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de la Ley Fundamental de Bonn, que abren la declaración de derechos con la solemne proclamación de la dignidad.

El contenido constitucional de la dignidad, entendido como hemos expuesto un poco antes, no solo admite esa dimensión subjetiva, sino que resultaría incompleto sin ella, de manera que la dignidad ofrecería una garantía deficiente a la persona si esta no pudiera ser y actuar como titular de un derecho subjetivo que proteja su misma dimensión humana. Ciertamente, buena parte de las dimensiones de la dignidad están garantizadas mediante los concretos derechos constitucionales, pero desde luego estos no agotan todas las dimensiones de la dignidad humana susceptibles de protección. Negar la dimensión subjetiva significaría proclamar la dignidad solo como valor, pero rechazar que cada persona individualmente considerada sea titular de las facultades que su dignidad ampara, y dueño de la protección de las posiciones jurídicas por ella protegidas. Como se ha dicho, la misma dignidad humana "habla en favor de brindar al individuo una posibilidad real de defender por sí mismo la propia dignidad", pues si la dignidad impide considerar a la persona

---

[24] Por otro lado, la vinculación de la dignidad a los derechos resulta evidente de la lectura del propio artículo 10.1, al referirse este, inmediatamente después de la dignidad de la persona, a los "derechos inviolables que le son inherentes". Los derechos son, por tanto, inherentes a la persona, de quien se predica también la dignidad que, como veremos, también es inviolable. La persona aparece así como titular común de la dignidad y de los derechos, de tal manera que aquella es el primer y más importante derecho y fundamento de todos los demás.

Podría cuestionarse esta conclusión, argumentando precisamente la mención separada de dignidad y derechos, y entendiendo esta separación como un indicio de que la dignidad es algo distinto a los derechos. A mi juicio, la separación tiene el sentido de reforzar la importancia constitucional de la dignidad, ubicándola precisamente como un derecho primero y fundamentador de los demás. Negarle la dimensión subjetiva sería privarle de una de sus dimensiones fundamentales, y eso es justamente lo contrario de lo que se pretende con su mención separada y destacada. Por lo demás, el cuestionamiento de la dimensión subjetiva podría tener algún sentido si se justificase que su contenido o significado constitucional no es susceptible de desplegar esa faceta subjetiva. Pero, como intento exponer en el texto, sucede justamente lo contrario.

como mero objeto, sería un contrasentido que la persona fuera mero objeto de la norma que reconoce la dignidad[25].

Por lo demás, creo que la doctrina y la jurisprudencia constitucional apoyan esta tesis. En Alemania (donde además los conceptos de derecho fundamental y derecho constitucional tienden a coincidir, al menos desde la perspectiva jurídico-constitucional), el Tribunal Constitucional Federal y la doctrina mayoritaria han entendido la dignidad como un derecho fundamental[26]. En España, sucede a mi juicio que el debate sobre esta cuestión resulta "viciado" por la circunstancia de que no todos los derechos constitucionales son considerados fundamentales por el Tribunal Constitucional. Por este motivo, se produce una cierta confusión en la materia, de manera que, del hecho cierto de que no es un derecho fundamental desde la perspectiva de la Constitución española, hay una cierta tendencia a deducir, explícita o implícitamente, que no es un derecho constitucional, o que simplemente carece de dimensión subjetiva.

A mi juicio, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental en el sistema constitucional español, pero sí es un derecho constitucional, que posee su dimensión subjetiva. En efecto, sin que podamos entrar en el debate sobre el concepto de derechos fundamentales, lo cierto es que nuestro Tribunal Constitucional ha entendido que estos son solo los incluidos en la sección primera del Capítulo segundo del Título I, poniendo en relación el enunciado del epígrafe de esta sección con el artículo 81.1[27]. En este sentido,

---

[25] Benda, Ernst, "Dignidad humana…", cit., p. 121. Expresamente señala este autor que "con frecuencia se infiere del art. 1.1 GG que el individuo no debe ser degradado a la condición de mero objeto de la acción estatal o de las relaciones sociales. Ello se compadece mal con liberarle de su responsabilidad, es decir, con hacer de la persona el *objeto* de una decisión valorativa concebida como norma objetiva, precisamente en el ámbito en el que se garantiza su dignidad".

[26] Aunque G. Dürig, cuyos trabajos sobre la dignidad en la Ley Fundamental fueron pioneros, negaba el carácter de derecho fundamental de esta, parece que la mayor parte de la doctrina reconoce hoy ese carácter. Así, por ejemplo, el propio Benda, Ernst, "Dignidad humana…", cit., p. 121, con amplia cita doctrinal; Von Münch, Ingo, "La dignidad del hombre…", cit., pp. 14 y ss.; Starck, Christian, "Introducción…", cit., pp. 489 y ss.; Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad…*, cit., p. 28, reconoce que la doctrina y la jurisprudencia alemanas proclaman mayoritariamente el carácter de derecho fundamental de la dignidad, aunque apunta que, entre la doctrina "se discute incluso el hecho de que ello sea objeto de disputa".

[27] La jurisprudencia constitucional en este sentido es muy reiterada; puede citarse como muestra la STC 160/1987, de 27 de octubre. Por lo demás, el debate sobre el concepto constitucional de derechos fundamentales está, a su vez, "viciado" por la reserva de Ley orgánica del artículo 81, hasta el punto de que podríamos decir que dicho concepto de derecho fundamental es aplicable a los meros efectos de su desarrollo mediante ley orgánica. El procedimiento agravado de reforma sería la otra garantía constitucional

no hay duda de que la dignidad de la persona, por su ubicación en el artículo 10, no es un derecho fundamental en nuestro sistema constitucional. A mi juicio, esto y no otra cosa es lo que ha señalado el Tribunal Constitucional cuando ha realizado afirmaciones del tipo de la siguiente:

> Pero sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquéllos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan[28].

Ciertamente, en alguna otra ocasión el Tribunal ha señalado que la dignidad no es un derecho fundamental, pero de ello no cabe deducir que carezca de dimensión subjetiva, cuestión que el propio Tribunal ha dejado abierta en alguna otra oportunidad[29].

"exclusiva" de los derechos fundamentales. El amparo ordinario y constitucional, que son probablemente las garantías "estelares" de ciertos derechos constitucionales, y que aparecen muchas veces en el trasfondo del debate sobre el concepto de derechos fundamentales, en realidad no solo son aplicables a estos, sino también al artículo 14 y al 30.2. En suma, la cuestión de las garantías preside y dirige el debate sobre el concepto de derechos fundamentales, aunque hay que reconocer que acaso no haya otra vía posible para determinar el concepto de derecho fundamental en el sistema constitucional español (salvo la alternativa de equiparar los conceptos de "derecho fundamental" y "derecho constitucional", como sucede en gran parte de los sistemas constitucionales).

[28] STC 120/1990, de 20 de junio, f. j. 4.

[29] A diferencia de la afirmación de que no es invocable de forma autónoma en amparo, que es muy reiterada, los pronunciamientos sobre su carácter de derecho fundamental o derecho subjetivo son aislados y contenidos sobre todo en autos. Así, el ATC 149/1999, de 14 de junio, afirma: "basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como 'fundamento del orden político y la paz social' (art. 10 C.E.), para rechazar eventuales violaciones de ese mandato constitucional susceptibles de protección autónoma a través del proceso constitucional de amparo". Por su parte, el ATC 241/1985, de 17 de abril, señala que "no puede ser objeto de amparo el principio de dignidad de la persona a que se refiere el art. 10 de la Constitución, con independencia de que tal idea constituye además o no un derecho subjetivo". En suma, el Tribunal Constitucional no ha negado el carácter o dimensión subjetiva de la dignidad de la persona, sino simplemente que esta pueda considerarse un derecho fundamental susceptible de amparo.

Seguramente esta jurisprudencia está en la base de las afirmaciones de ciertos autores en el sentido de negar a la dignidad el carácter de derecho fundamental (por ejemplo, Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad…*, cit., p. 91; Díez-Picazo, Luis María, *Sistema…*, cit., p. 62), si bien en general la doctrina

En mi opinión, por tanto, la dignidad de la persona no es un derecho fundamental en el sentido que a esta expresión se le ha dado en el sistema constitucional español, pero sí es un derecho constitucional, entendido como derecho subjetivo reconocido en la Constitución, dado que hay argumentos constitucionales para defender que junto a su vertiente objetiva posee una dimensión subjetiva.

Establecida esta dimensión subjetiva, surge la cuestión de la titularidad del derecho. En Alemania, algunos autores han proclamado abiertamente que esta es predicable de todo ser humano incluso antes del nacimiento[30], o incluso —según algunos— más allá de la muerte[31]. Ciertamente, el propio Tribunal Constitucional Federal había previamente dado pie a interpretaciones en esta línea, al afirmar, en su primera sentencia importante sobre el aborto, que "allí donde existe vida humana, ha de reconocérsele la dignidad correspondiente, sin que sea decisivo que el sujeto sea consciente de esa dignidad y sepa guardarla por sí mismo"[32].

Sin embargo, en España esa tesis parece difícil de sostener, porque la jurisprudencia constitucional ha mantenido, principalmente en la ya comentada sentencia sobre el aborto, que desde el punto de vista jurídico-constitucional, persona es el ser humano nacido, y solo él puede ser titular de los derechos constitucionales. Por ello, salvo que se rechace esta premisa[33], hay que proclamar que la titularidad del derecho a la dignidad corresponde a la persona, entendida como ser humano ya nacido. Ello no es óbice para que, en su dimensión objetiva, la protección de la dignidad alcance a otras fases del desarrollo humano, como la del *nasciturus*, pero en este caso no puede hablarse de un derecho subjetivo, al faltar un titular. Por tanto, paralelamente a lo que sucede con la vida, puede decirse que la dimensión subjetiva y la objetiva de la dignidad no son "coextensas", dado que esta última tiene un mayor alcance, pudiendo proteger

no se pronuncia de forma abierta y terminante sobre si posee o no una dimensión subjetiva, o puede considerarse derecho constitucional. Cabe insistir en que podría, incluso no siendo considerado derecho fundamental, poseer una dimensión subjetiva siendo, por tanto, un derecho constitucional.

[30] Así, por ejemplo, Starck, Christian, "Introducción…", cit., p. 491; y Von Münch, Ingo, "La dignidad…", cit., pp. 16-17.

[31] Starck, en la obra y página citadas en nota anterior.

[32] BVerfGE, 39, 1 y ss., citado por Von Münch, Ingo, "La dignidad…", cit., p.16.

[33] En cuyo caso habría que fundamentar otro concepto constitucional de persona, que no parece encontrar apoyo fácil en el texto de la Carta Magna ni en nuestra legislación.

situaciones en las cuales no existe titular de ningún derecho. Incluso creo que la dimensión objetiva de la dignidad tiene mayor alcance aún que la de la misma vida, pues hay situaciones en las que difícilmente el valor vida sería aplicable, y sin embargo el valor dignidad puede tener incidencia. Tal sería, por ejemplo, el caso de los cadáveres, los tejidos humanos, o los híbridos entre humanos y animales, por ejemplo.

2.4. Su carácter de fundamento: ¿tiene la dignidad más "valor" que los demás derechos? El riesgo de las jerarquías

Admitiendo que, como se ha visto, la dignidad es proclamada en algunos casos como fundamento del orden político y la paz social, o del entero sistema constitucional, y tiende en todo caso a jugar un papel en la fundamentación de los derechos, cabe preguntarse si ese carácter le da una cierta superioridad sobre los demás valores o sobre los propios derechos. Con carácter general, ya he explicado que la dignidad actuaría como base de los dos grandes valores (igualdad y libertad) que vienen a su vez a englobar la práctica totalidad de los derechos.

En relación con el caso español, como en su momento señalé[34], hay argumentos para defender una equiparación básica entre el papel constitucional de la dignidad de la persona y los valores superiores que proclama el artículo 1.1. de este texto constitucional. Al igual que estos, la dignidad es uno de los valores esenciales o primordiales del sistema constitucional, y ese carácter fundamental o "superior" se traduce jurídicamente en cierta preeminencia interpretativa a la hora de resolver posibles conflictos, siempre basándose en la ponderación. En suma, la dignidad preside, junto a los cuatro valores del artículo 1.1 (pero con una vinculación más directa a los derechos, por su sentido y ubicación en el artículo 10.1), todo el sistema constitucional y el ordenamiento jurídico en su conjunto, aunque la preeminencia dentro de la Constitución no es jerárquica ni de rango jurídico.

Con todo, creo que nada de lo anterior debe entenderse en el sentido de una superioridad jurídica que otorgase a la dignidad (o incluso a los propios valores superiores) un mayor rango o nivel que otros derechos fundamentales o que otros preceptos constitucionales. Una afirmación de ese tipo implicaría una clara ruptura del principio de unidad constitucional y del igual rango

[34] Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores*…, cit., p. 126 y ss.

de todos los preceptos de la norma fundamental, lo que carece de toda justificación jurídica. Por lo demás, ello implicaría la justificación de la teoría de las posibles "normas constitucionales inconstitucionales"[35] que, como he explicado con más detalle en otro lugar[36], no parece fácilmente sostenible en términos jurídicos, en sistemas cuya jerarquía normativa presupone el igual rango y valor de todas las normas constitucionales.

Desde luego, lo anterior no es óbice para apuntar que el carácter fundamental y "superior" de la dignidad y de otros valores puede tener otra serie de consecuencias, por su capacidad de irradiar hacia todo el ordenamiento, y la necesidad de interpretar este de conformidad con estos valores, que de algún modo despliegan un mayor efecto interpretativo de la Constitución y del resto de las normas. E incluso, en caso de conflictos entre principios o valores, uno de los criterios a considerar puede ser ese carácter fundamental de la dignidad.

2.5. ¿Es la dignidad intangible?

Una cuestión importante y de gran trascendencia jurídica, en relación con la dignidad, es la de si cabe proclamar su carácter intangible y, en caso afirmativo, que significaría este carácter. En Alemania, la primera cuestión parece respondida por el propio texto constitucional, dado que, como ya he indicado, el artículo 1.1 proclama expresamente que la dignidad humana es intangible. Sin embargo, el significado y las consecuencias últimas de esta proclamación no son claras ni pacíficas, apuntándose diversas hipótesis, como que este valor ha de ser protegido frente a ataques, su eficacia horizontal, o la imposibilidad de que la dignidad se pierda sea cual sea la circunstancia[37]; también se han hecho derivar de esta intangibilidad otras consecuencias constitucionales, como la proscripción de la tortura o la imposibilidad de reforma constitucional de este precepto[38].

Interesa particularmente apuntar la tesis según la cual la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto de esta, en el sentido de que

---

[35] Véase al respecto, como mayor exponente de esa doctrina, Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, 2.ª ed., trad. de Leonardo Álvarez Álvarez, Palestra, Lima, 2010.

[36] Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores*…, cit., pp. 289 y ss.

[37] Von Münch, Ingo, "La dignidad…", cit., p. 23, apunta todas estas teorías, decantándose por la última, según la cual "ni siquiera la persona doblegada, degradada, torturada pierde su dignidad. La dignidad de la persona no puede quitarse ni aniquilarse".

[38] Starck, Christian, "Introducción…", cit., p. 492.

supondría un límite último que nunca cedería frente a injerencias o intromisiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición "superior" a otros valores constitucionales. A este aspecto, me voy a referir un poco más adelante.

En el sistema español, no existe una proclamación expresa del carácter intangible de la dignidad, pero creo que hay argumentos para defenderlo, siempre que se entienda en el sentido moderado o "suave" a que me referiré algo más adelante, que no implica ni superioridad de rango ni carácter absoluto. Por lo demás, a esta interpretación apunta la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que reconoce en su artículo 1 que la dignidad humana es "inviolable", lo que a estos efectos puede entenderse como sinónimo de intangible[39].

De todos modos, a la hora de interpretar esta propiedad de la dignidad hay que tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha reiterado que ningún derecho tiene carácter absoluto. Por lo demás, y como ya he señalado, a mi juicio no es posible establecer jerarquizaciones dentro de la Constitución.

[39] Cabe apuntar que la versión alemana de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea dice exactamente "Die Würde des Menschen ist unantastbar", esto es, lo mismo que la Ley Fundamental de Bonn, si bien por la razón que sea esta se ha traducido habitualmente al español por "intangible", mientras que la versión española de la Carta utiliza el adjetivo "inviolable" (por cierto, que para esta palabra en alemán existe también "unverletzlich", que es exactamente el adjetivo que utiliza el art. 1.2 de la Ley Fundamental de Bonn para referirse a los derechos humanos como "inviolables"). Parece, por tanto, que ambas proclamaciones tienen un sentido similar. La de la Constitución española es diferente en varios aspectos, ya que se refiere a "la dignidad de la persona" y no la proclama como "intangible" ni "inviolable", sino como "fundamento del orden político y la paz social. Con todo, creo que a la hora de establecer el sentido de la dignidad no hay que enfatizar estas diferencias, y mucho menos teniendo la Carta europea eficacia interpretativa en nuestro sistema constitucional". Por ello no me resulta convincente el argumento utilizado a veces para negar ese carácter a la dignidad de la persona, señalando que el artículo 10.1 de la Constitución española no califica como inviolable a la dignidad sino a los derechos (véase al respecto Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad*..., cit., p. 116): aparte del argumento en contra basado en la Carta europea, cabe entender que, si son inviolables los derechos "inherentes" a la persona, y la dignidad de esta es la base y fundamento de esos derechos, la propia dignidad debe ser también inviolable. Es verdad que, con carácter general, las diferencias entre "inviolable" e "intangible" sí pueden resultar jurídicamente relevantes, ya que la violación de un derecho será aquella injerencia no justificada (de acuerdo con un criterio de ponderación y proporcionalidad), mientras que en el ámbito de la intangibilidad no cabría nunca una injerencia o afectación. Pero, teniendo en cuenta lo anterior, cabe entender que, en el contexto de la proclamación de la dignidad como inviolable que realiza la Carta europea, ambos adjetivos tienden a ser sinónimos.

Y no hay que olvidar que, según el mismo artículo 10.1, también los derechos son inviolables. De todo lo cual puede deducirse, en mi opinión, que el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica, en mi opinión, que solo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida, las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre estos y la dignidad permite entender como justificada la intervención en el caso concreto.

En cambio, en el núcleo interno nunca estaría justificada la intervención del Estado o de terceros. Lógicamente, esto abre el problema de identificar ese límite último frente a cualquier intervención. Pero la dificultad de la tarea, que seguramente solo puede llevarse a cabo de una forma casuística, no la convierte en labor imposible o camino erróneo. Y de hecho, hay algunas pautas para esa identificación. Como se ha reiterado, la inclusión de la dignidad en la Constitución alemana estuvo muy vinculada al rechazo frontal a la experiencia histórica inmediatamente anterior, caracterizada por el desprecio a la dignidad y el envilecimiento de lo humano[40]. Y esta ha sido la fuente del reconocimiento posterior en otros sistemas constitucionales y en la misma Carta europea. De manera que cabría vincular el "núcleo interno" de la dignidad a la prohibición absoluta de aquellos tratos claramente vejatorios para la persona, o negadores de la misma condición humana (muchos de los cuales están expresamente prohibidos en casi todos los sistemas, por ejemplo en el artículo 15 de la Constitución española, en tanto que "torturas" o penas o tratos inhumanos o degradantes)[41]. Aquellos tratos que, de forma manifiesta y desde cualquier perspectiva, impliquen una minusvaloración o desprecio de la condición humana, siendo impropios de aplicarse a una persona, y que estarían vulnerando el "núcleo duro" intangible de la dignidad.

---

[40] Por todos, Benda, Ernst, "Dignidad…", cit., p. 124.

[41] Por lo demás, la jurisprudencia constitucional parece apuntar en algún caso en la misma dirección. Aunque se entiendan constitucionalmente justificadas ciertas obligaciones o mandatos de actuación, frente a su negativa no cabe la imposición coactiva, sino extraer las consecuencias jurídicas que procedan. Así, por ejemplo, aun cuando el hombre deba someterse a la realización de las pruebas de paternidad impuestas judicialmente con el cumplimiento de los requisitos que procedan, frente a su negativa estas pruebas no se realizarán a la fuerza, sino que se extraerán las consecuencias procesales oportunas (véase STC 7/1994, de 17 de enero, entre otras).

De este modo, parece que la dignidad justifica un límite último e infranqueable a ciertas prácticas que resulten manifiestamente vejatorias, degradantes o atentatorias contra la propia esencia de la condición o cualidad humana (con independencia de que dicho límite esté explicitado en algún caso en la propia Constitución, por ejemplo, la prohibición de torturas, que no admite excepciones). Pero ello no convierte a la dignidad en un derecho absoluto o que deba ser extraído íntegramente de la ponderación, como enseguida vamos a ver. Lo mismo cabe decir de su dimensión objetiva o axiológica: el carácter principal y fundamentador de la dignidad como valor no permite jerarquizarlo y ubicarlo por encima de todos los demás, dándole sistemáticamente más rango. Y ello aunque su preeminencia dentro del sistema constitucional tenga sus efectos en el plano interpretativo. En cualquier caso, la dignidad conlleva numerosas manifestaciones y consecuencias jurídicas, y sería imposible entenderla como derecho absoluto en toda su extensión. Todos los derechos tienen sus límites y la dignidad de la persona no es una excepción, a pesar de su incuestionable trascendencia y de su centralidad en el sistema constitucional.

2.6. Dignidad y ponderación

No es posible en este trabajo llevar a cabo un análisis exhaustivo de la técnica de la ponderación como vía para resolver los conflictos entre principios. Por lo demás, es conocido el amplio debate doctrinal existente sobre si la ponderación es realmente la técnica o vía idónea para resolver estos conflictos, o sobre sus riesgos y los problemas que plantea[42].

Sin entrar en ese debate, vamos a admitir que la ponderación intenta al menos ser utilizada por gran parte de los jueces y tribunales que han de afrontar conflictos entre derechos. Esta técnica parte de la tesis según la cual los valores y los derechos actúan como principios, y por lo tanto no se aplican en forma de todo o nada, sino que admiten diversos grados o intensidades en su aplicación. Ello permite que los conflictos entre ellos puedan resolverse, en cada caso, no mediante la jerarquización, no mediante los criterios que suelen utilizarse para resolver los conflictos entre reglas (prevalencia de la posterior sobre la anterior, de la especial sobre la general, etc.), sino mediante la ponderación, que

[42] Serían inabarcables en este contexto las referencias bibliográficas. Por todos, puede seguirse el trabajo de Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Centro de Estudios Carbonell, Ciudad de México, 2018.

no implica una preferencia absoluta o incondicionada de uno de ellos, sino la búsqueda del mayor grado de realización práctica de todos ellos, dentro de un criterio de unidad del ordenamiento constitucional[43]. Como se ha señalado, "entre los valores se puede llegar a pactos"[44].

Ahora bien, aun defendiendo el criterio de la ponderación para resolver los conflictos entre principios constitucionales, hay que considerar que en tiempos más recientes se han puesto de relieve sus debilidades y sus limitaciones, de tal manera que tampoco creo que deba considerarse como un método universal e infalible[45].

---

[43] Como es sabido, esta línea de pensamiento es hoy suscrita por muchos autores, y quizá es la imperante en la disciplina. No es esta la ocasión para un análisis o comentario detallado de esta doctrina, pero hay que mencionar al menos la decisiva influencia en su construcción de trabajos como los de Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, o Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. del original "Il diritto mitte. Logge, diritti, giustizia", 1992, por Marina Gascón), Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995.

[44] Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*…, cit., p. 125. El autor añade algunas otras ideas muy significativas en la misma línea: "si cada principio y cada valor se entendiesen como conceptos absolutos sería imposible admitir otros junto a ellos" (p. 16); "por lo general, los principios no se estructuran según una 'jerarquía de valores'. Si así fuese […], en caso de conflicto, el principio de más rango privaría de valor a todos los principios inferiores y daría lugar a una amenazadora 'tiranía del valor' esencialmente destructiva (p. 124)"; "La pluralidad de principios y la ausencia de una jerarquía formal entre ellos hace que no pueda existir una ciencia sobre su articulación, sino una prudencia en su ponderación. […] quizás la única regla formal de la que quepa hablar sea la de la 'optimización' posible de todos los principios […]. Para que la coexistencia de los principios y valores sea posible es necesario que pierdan su carácter absoluto…" (p. 125).

[45] Un excelente trabajo, basado en el análisis de la doctrina y la jurisprudencia norteamericana, que incide en la crítica a la ponderación y los límites de esta, es el de Aleinikoff, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, traducción de Jimena Aliaga Gamarra (estudio preliminar y revisión de la traducción de Carlos Bernal Pulido), Palestra, Lima, 2010. Se trata de un estudio que analiza con rigor los orígenes de la utilización del método de la ponderación por el Tribunal Supremo norteamericano, así como sus déficits y limitaciones, que están, entre otros aspectos, en la propia generalidad e indefinición de los intereses que terminan por servir de límite a los derechos. Se diría que este método nació para "maximizar el espacio" de los derechos, permitiendo resolver los conflictos entre ellos de modo que ninguno tenga que ceder por completo o quedar subordinado a otro; pero en la práctica, décadas de utilización del método ponen de relieve que al final, y paradójicamente, la ponderación termina por servir a una mayor limitación de los derechos, ya que ninguno de ellos tiene la extensión que cabría derivar de su enunciado, y a la postre cualquiera de ellos puede terminar por ceder frente a casi cualquier principio o valor legítimo o justificado que los poderes públicos puedan invocar dentro de la Constitución (pues en el sistema de Estados Unidos tampoco se exige que dichos principios o intereses estén previstos o deriven expresamente de la Constitución. Al final de las conclusiones, Aleinikoff expresa con crudeza la paradoja. Me permito extractar algunas citas: "En vez de restaurar el equilibrio al Derecho Constitucional, el recurso fácil de la ponderación amenaza al Derecho Constitucional. La ponderación nos ha alejado de la Constitución,

Más allá de los problemas que puede plantear esta técnica, en este trabajo nos interesa la compatibilidad entre la misma y la dignidad, esto es, si resulta posible ponderar la dignidad con otros principios en caso de conflicto. La dificultad para llevar a cabo este tipo de ponderación deriva del carácter intangible de la dignidad. En caso de justificarse este, o al menos si se predica esa intangibilidad del núcleo esencial de la dignidad, en los términos ya vistos, la consecuencia sería que en ciertos supuestos de conflicto no sería procedente la ponderación, dado que la dignidad prevalecería incondicionadamente en caso de conflicto. Es decir, ningún derecho, valor o fundamento constitucional podría utilizarse para justificar una lesión de ese "núcleo intangible" de la dignidad.

De este modo, la intangibilidad de la dignidad podría implicar un cierto carácter absoluto, en el sentido de que esta supondría un límite último que nunca cedería frente a otros principios que pudieran sustentar posibles injerencias o intromisiones, de tal manera que, en caso de conflicto con otros bienes o valores constitucionales, prevalecería siempre la dignidad. Ello excluiría la ponderación en caso de conflicto, lo que en definitiva tiende a colocar a la dignidad en una posición "superior" a otros valores constitucionales. Sin embargo, esta tesis, que tiene cierto predicamento en la doctrina alemana[46], tropieza con serias dificultades si se quiere aplicar de manera incondicionada. En efecto, dada la incuestionable "fuerza expansiva" de la dignidad, y su relación con la mayor parte de los derechos, afirmar su carácter absoluto, o preservarla de la ponderación con otros valores, conllevaría notorias dificultades para resolver satisfactoriamente muchos conflictos constitucionales, así como una cierta jerarquización incompatible con la unidad de la Constitución. Por

---

suplantándola con legislación 'razonable' en vez de investigaciones teóricas sobre los derechos, principios y estructuras. […]

"Los aplicadores de la ponderación han logrado ganar terreno hasta ahora mediante una posesión adversa. La ponderación ha logrado legitimidad mediante la reputación de sus primeros defensores y el paso del tiempo. [...]

"Es ésta, pues, la más grande ironía de la ponderación. Ésta surgió al comienzo como una metodología liberadora. Les quitó las anteojeras a los jueces y les permitió tomar conciencia de las conexiones entre el Derecho Constitucional y el mundo real. […] Hoy día la ponderación, a pesar de sus méritos como alternativa al formalismo, se ha vuelto rígida y formalista. Nos ofrece respuestas, pero no llega a convencernos.

"[…] El Derecho Constitucional está sufriendo en la actual era de la ponderación. Es tiempo de que comencemos la búsqueda de nuevas y emancipadoras metáforas".

[46] Véase al respecto el repaso que realiza Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad…*, cit., pp. 34 ss.

ello se ha destacado que parece imposible mantener el carácter intangible de la dignidad si se atribuye a esta un contenido extenso[47]. Si se asume ese carácter intangible, la ponderación entre principios terminaría por resultar imposible.

En esta línea, y como ya hemos apuntado, cabe hablar solamente de un núcleo intangible de la dignidad. En esta línea, algún autor ha querido matizar la primacía de la dignidad, distinguiendo un núcleo intangible, sustancialmente vinculado a la experiencia nazi de persecuciones masivas y genocidios, más allá del cual se encontrarían otras manifestaciones susceptibles de ponderación[48].

Con todo, Robert Alexy, uno de los principales defensores de la ponderación, ha tratado de contestar a las críticas sobre la posible devaluación de la dignidad que implicaría someterla a ponderación, decantándose abiertamente por un concepto relativo de la dignidad que resulta compatible con la ponderación y la "fórmula del peso" que defiende este autor, si bien teniendo en cuenta que, en dicha fórmula, en los que él llama casos "extremos" o "trágicos", el alto valor abstracto de la dignidad humana, así como los valores de certeza tanto empírica como normativa son muy elevados[49].

La justificación que hace Alexy, si bien en muchos casos permitirá llegar a soluciones similares, plantea a mi juicio algunas dudas. Sin que pueda extenderme en ellas en este lugar, cabe apuntar, en primer lugar, que parte de la premisa de la fórmula del peso, susceptible de cuestionamiento en la medida en que parece bastante difícil, en los casos reales, cuantificar cada uno de sus parámetros. En

---

[47] Gutiérrez Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad…*, cit., p. 33.

[48] Herdegen, M., "Art. 1. Abs. I", en Maunz-Dürig, *Grunsgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2003. Este trabajo, que era la actualización de estos clásicos comentarios a la Ley Fundamental, y entraba en abierta contradicción con la tesis que en su momento defendió Dürig, fue duramente contestado por Böckenförde, Ernst Wolfgang, en el citado artículo titulado "Die Würde des Menschen war unatatsbar", publicado en el *Frankfurter Allfgemeine Zeitung* el 3 de septiembre de 2003.

[49] Alexy, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", trad. de Alfonso García Figueroa, en *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 16 (2014), pp. 10 y ss. En la p. 25 afirma expresamente que "en los casos extremos o trágicos, en los cuales hay que asignar los valores más altos del lado de la dignidad humana, la afectación a la dignidad humana solamente es proporcional en una de entre 81 constelaciones proporcionales por el resto. En todas las demás constelaciones, es decir, las 80 restantes, la afectación de la dignidad humana es desproporcionada, y por tanto inconstitucional, y por tanto debe ser prohibida. No resulta sencillo describir esto como una 'devaluación de la dignidad humana'". Monográficamente sobre las características y elementos de la fórmula del peso, Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 13 y ss.

segundo lugar, en sistemas como el alemán y en la propia Carta de Derechos de la Unión Europea, choca con la proclamación constitucional expresa de la intangibilidad, en la medida en que dicha proclamación ha de tener una consecuencia jurídica, que parece difícilmente compatible con el hecho de someter la dignidad a esa fórmula que, por definición, contempla la eventual legitimidad de su afectación o de ciertas injerencias en su contenido. En fin, esa posible afectación, al menos si se refiere a lo que antes hemos denominado "núcleo duro" de la dignidad, choca con una consideración de los derechos que parta de un fundamento moral ubicado precisamente en el valor de la condición humana, que, al menos en lo que sin duda afecta a su esencia, no debería poder someterse a contraste con otros principios, a los que eventualmente, aunque sea en casos muy singulares, pueda supeditarse.

Por todo ello creo que es posible entender que la dignidad suponga un límite último e infranqueable a aquellas prácticas, procedentes de poderes públicos o ciudadanos, que supongan un quebranto evidente de lo más esencial o intrínseco a la misma; pero no por ello puede proclamarse su carácter absoluto o ilimitado, en la medida en que solo lo que afecta notoriamente al núcleo mismo de la condición humana debe rechazarse sin someterse a ponderación.

En suma, en mi opinión, el carácter intangible de la dignidad debe hacerse compatible con su naturaleza no absoluta y susceptible de ponderación en caso de conflicto. Ello implica que solo un núcleo último de la dignidad permanece siempre inmune y cerrado frente a cualquier intervención, pero más allá de esa esfera reducida las intervenciones pueden ser admisibles si tienen fundamento constitucional, están amparadas en otros bienes, valores y derechos, y la ponderación entre estos y la dignidad permite entender como justificada la intervención en el caso concreto.

3. Dignidad y "nuevos derechos"

Una vez repasados los problemas jurídicos más importantes que plantea la dignidad humana y su papel en la fundamentación de los derechos, procede afrontar la cuestión de en qué medida ese planteamiento es compatible con algunos de los que son llamados "nuevos derechos"[50], y en especial aquellos que no parecen

[50] A la cuestión de los "nuevos derechos" me he referido en mi trabajo *Los derechos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Valencia-México, 2009.

encontrar referencia a un titular humano. Esto nos conduce, en primer lugar, a algunas reflexiones sobre la titularidad de los derechos, y, en segundo lugar, en su caso, a la consideración de si dicho titular ha de ser necesariamente humano o tener un vínculo con la condición humana.

3.1. El problema de la titularidad de los nuevos derechos: de la titularidad colectiva a la difusa

En la base de la dogmática de los derechos fundamentales está la concepción de los derechos públicos subjetivos, elaborada fundamentalmente por la doctrina alemana, que los concibe como un conjunto de facultades o de posiciones jurídicas del ciudadano, protegidas frente al Estado. Además, la teoría de los derechos fundamentales los concibe como derechos universales en su titularidad, es decir, predicables de todo ciudadano (o de toda persona). Por tanto, la idea de la titularidad y la necesidad de un titular parece esencial en la configuración de todo derecho fundamental. Y dicho titular, en la concepción clásica, será un ciudadano o una persona. Sin embargo, con el paso del tiempo esta construcción se muestra insuficiente, toda vez que los derechos van experimentando una clara evolución que hace inviable el mantenimiento de un diseño tan estricto.

Por un lado, al menos desde el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, la naturaleza de los derechos se va ampliando, de manera que estos no protegen ya solamente posiciones jurídicas pasivas (como es el caso de la vida, la integridad física y moral, o los derechos de privacidad), facultades de actuación (como la mayoría de los derechos de libertad) o de elección (como los derechos de participación política), sino también prestaciones positivas de los poderes públicos, sin las cuales el derecho no puede reconocerse.

Por otro lado, los derechos no pueden concebirse meramente desde una dimensión subjetiva, sino que junto a esta (y en algunas ocasiones cabe entender que en lugar de esta) se aprecia una dimensión objetiva o axiológica, de manera que los derechos, además de proteger a sujetos concretos en sus diversas posiciones jurídicas iusfundamentales, presentan una vertiente institucional, como elementos valiosos del ordenamiento. A partir de aquí puede hablarse de un "efecto irradiación"[51], cuyas consecuencias se aprecian

---

[51] Se recomienda el análisis que lleva a cabo Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, p. 110. Me he referido a esta cuestión con más detalle en *Valores superiores e interpretación constitucional*, cit., pp. 408 ss.

en los más variados ámbitos. Entre ellas cabe destacar la consideración de los derechos como mandatos de actuación, dirigidos a los poderes públicos, para hacer efectivo y real su contenido.

En tercer lugar, y en cierto modo como consecuencia de ese mismo efecto irradiación, el sujeto pasivo de los derechos ya no solamente será el Estado, sino que también pueden serlo otros ciudadanos, que se ven así obligados a respetar y eventualmente hacer efectivo el derecho subjetivo, al menos en aquellos derechos cuya naturaleza permite ese ejercicio frente a terceros. Es la doctrina llamada de la *Drittwirkung der Grundrechte*[52].

Por último, y en lo que ahora más nos interesa, en la actualidad no siempre es posible hablar de una titularidad individual y universal de los derechos. Con la implantación de los principios del Estado social, encontramos derechos que no son predicables de todas las personas, sino de las que están en una situación determinada o pertenecen a colectivos específicos, marcados en muchos casos por una situación de preterición histórica. Pueden ser todavía derechos individuales, pero cuya titularidad requiere la pertenencia a un grupo o colectivo. Pero hay también derechos de grupos, derechos colectivos o difusos. De este modo, y aunque la doctrina no siempre coincide en la terminología utilizada (y en algunos casos no se habla de derechos sino de intereses), a los efectos que interesan podríamos distinguir las siguientes categorías[53]:

1) Derechos individuales, que se predican de toda persona (o de todo ciudadano, si se trata de derechos que requieren la nacionalidad o una condición política específica para su titularidad), y que cuentan por tanto con un titular individual. Si bien la cuestión de la titularidad es conceptualmente diferente a la de la accionabilidad

---

[52] La doctrina sería abundantísima e inabarcable. En lengua castellana, se recomienda especialmente el trabajo de Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

[53] La clasificación que sigue, aunque se asume como propia, trata de utilizar las terminologías más usuales en la doctrina, y se basa o inspira en textos como Spagna Musso, Enrico, "La tutela constitucional de los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 4 (1978), pp. 57 y ss.; Ovalle Favela, José, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n.º 107 (mayo-agosto 2003), pp. 587 y ss.; y Benabentos, Omar A. y García, Miguel Ángel, "La tutela de los derechos colectivos o difusos", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, en http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9560 (consultado el 16 de septiembre de 2019).

o legitimidad procesal para la tutela[54], en este caso es lógico que al titular se le otorgue la legitimación procesal para instar las acciones que procedan para su tutela (junto a otros sujetos a los que el ordenamiento decida otorgarles esta). Por ejemplo, la vida o la libertad de expresión.

2) Derechos grupales o colectivos, que se predican de un grupo de personas determinado o determinable en función de algunas características. Todavía dentro de este grupo, en realidad, cabe distinguir:
   a. Derechos colectivos de ejercicio individual, o incluso derechos individuales que solo se predican de las personas que pertenecen a un grupo o colectivo. Son derechos en los que tanto la titularidad como el ejercicio se puede ejercer de manera individual. Por ejemplo, la mayoría de los derechos que se predican específicamente de la tercera edad, la infancia, las personas con discapacidad. Incluso puede darse el caso de derechos que se predican de las personas no por circunstancias que posean de forma permanente o estable, sino por la posición que ocupan en un momento determinado, como los derechos de los consumidores y usuarios.

[54] Aquí no podemos profundizar en esta cuestión, ya que la cuestión de legitimidad procesal para la tutela de los derechos fundamentales es compleja y realmente muy variada. Y es que este aspecto depende o se relaciona en cierta medida con la cuestión de la titularidad del derecho, pero también con el tipo de vía procesal utilizable para su tutela. Desde luego, la cuestión de la titularidad no se relaciona de forma necesaria y biunívoca con la de la legitimación procesal, pero su relación es indudable. Tanto que, como regla general, puede afirmarse que el titular del derecho ha de disponer de una acción procesal para su tutela. Sin embargo, conviene distinguir entre titularidad y ejercicio de un derecho fundamental, distinción que se relaciona en algún modo con la que existe entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, y cuya consecuencia en el ámbito que ahora tratamos es que eventualmente pueden establecerse condiciones específicas para el ejercicio de un derecho, de tal manera que su titular puede verse privado, en ciertas condiciones y circunstancias y ante el incumplimiento de esas condiciones, de la posibilidad de ejercicio. Ello podría, a su vez, tener consecuencias desde la perspectiva de la legitimidad para el ejercicio de acciones procesales de tutela, de las que podría verse privado quien, a pesar de ser titular, no puede ejercer el derecho. Así puede suceder, en algunos casos, en el caso de los menores o personas declaradas incapaces.

Pero además, el titular del derecho, aun cuando puede ejercerlo y tiene legitimidad para su tutela procesal, no es el único que puede instar esa acción, ya que la accionabilidad de la tutela de los derechos, entendida como posibilidad procesal de instar un procedimiento que permita prevenir o reparar la vulneración, ha de garantizarse incluso en aquellos casos en los que el titular no existe, no es determinado o determinable, o no puede actuar por sí mismo ante los tribunales. Ello es particularmente importante en el caso de los llamados derechos colectivos y derechos difusos, y desde luego imprescindible en los derechos con titular no humano, como serían los derechos de la naturaleza.

b. Derechos colectivos que en alguna medida requieren el ejercicio colectivo, ya que en realidad no se predican de cada persona del grupo, sino del colectivo en su conjunto, como pueden ser algunos de los derechos de los pueblos indígenas, como el derecho a su identidad o a la preservación de su sistema de justicia. Por ejemplo, los artículos 56 y siguientes de la Constitución de Ecuador de 2008 reconocen derechos a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, y en el mismo sentido, los artículos 30-32 de la Constitución de Bolivia de 2009. También cabe apuntar aquí ciertas dimensiones colectivas de derechos individuales, de las que son titulares entidades grupales, como pueden ser asociaciones, sindicatos o congregaciones religiosas, respecto a posibles dimensiones colectivas de las libertades de asociación, sindicación o religiosa, respectivamente.

   En ambos casos, las acciones procesales para su tutela suelen requerir una configuración más amplia, atribuyéndose no solo a toda persona que pertenezca al colectivo, sino eventualmente a grupos, asociaciones, o incluso ONG que puedan actuar en representación del propio grupo.

3) Derechos difusos, cuya titularidad no se predica ya de un conjunto de personas determinada o determinable, o de un colectivo al que se pertenezca por características permanentes o por una posición determinada, sino más bien de toda la sociedad, de todas las personas, o más ampliamente, de la humanidad en su conjunto, concebida como género o condición humana, que es más que la suma de todas las personas vivas, incluyendo de algún modo todo aquello que se vincula con lo humano, y en particular las futuras personas que aún no han nacido. Se ha hablado así de "derechos de las futuras generaciones"[55]. La mayor parte de los derechos medioambientales podrían ubicarse en este grupo, aunque también puede mencionarse la protección de otros derechos como la integridad genética o la identidad genética (o la protección del genoma humano como patrimonio de la humanidad).

---

[55] Por ejemplo, Rojo Sanz, José María, "Derechos de las futuras generaciones", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 193 y ss.

En realidad, cabe plantearse si, en términos jurídicos, la construcción más idónea para estos derechos es la de una titularidad difusa, o la de valores o preceptos con una dimensión propiamente objetiva, es decir, carentes de una vertiente propiamente subjetiva. Ello no implicaría en modo alguno una menor garantía, sino una diferente construcción jurídica, aunque la cuestión es desde luego debatida. En cualquier caso, desde el punto de vista de su tutela procesal, estos derechos son los candidatos idóneos para el establecimiento de acciones muy abiertas, como pueden ser acciones populares que toda persona podría emprender.

En cualquier caso, la anterior clasificación sirve para poner de relieve que el esquema de la titularidad de los derechos ubicada en una persona o ciudadano se ve ampliamente superado, y que incluso en ocasiones ni siquiera se puede predicar esa titularidad de un grupo o colectivo más o menos definido o delimitado en lo relativo a sus integrantes. Hay, por tanto, una superación del diseño clásico de la idea de la titularidad de los derechos. Encontramos, en realidad, derechos sin un titular concreto, determinado, o incluso determinable. Pero en todos los supuestos enunciados se mantiene la idea de una referencia o vínculo humano en el sujeto de quien se predican los derechos. Esta idea, sin embargo, también se ve superada en la última categoría de derechos, a la que nos vamos a referir a continuación con algo más de detalle.

3.2. Derechos de sujetos no humanos

En efecto, en algunos de los textos constitucionales (o legales) más recientes, así como en estudios doctrinales o en resoluciones judiciales, empezamos a encontrar derechos que se predican, como tales, de sujetos diferentes al ser humano. Los casos más llamativos son los llamados "derechos de los animales" y los "derechos de la naturaleza".

3.2.1. Más allá del medio ambiente: derechos de los animales, derechos de la naturaleza: elementos comunes y diferenciadores

Hace décadas que la protección del medio ambiente viene siendo incorporada de forma expresa en distintos ordenamientos, y al menos desde la Constitución portuguesa de 1976 y al española de 1978, se ha integrado en los catálogos constitucionales de derechos. Sin duda, el "derecho al medio ambiente" plantea no pocos problemas en su configuración como derecho constitucional (o derecho fundamental). Aquí no podemos entrar en ellos, pero sí cabe señalar

que habitualmente se viene considerando un derecho de titularidad difusa, en el sentido antes explicado. Aunque la ausencia de un titular concreto o determinado también podría configurarse en realidad como un valor constitucionalmente protegido, lo que ahora interesa destacar es que el medio ambiente se entiende todavía como un derecho humano, cuyo titular, aunque sea más o menos difuso, mantiene la vinculación con el elemento humano o con la humanidad como amplio sujeto colectivo, en los términos antes apuntados. En este sentido, el medio ambiente puede entenderse fundamentado por el mismo valor de la dignidad que juega, como hemos visto, un papel relevante en la fundamentación de los derechos[56].

Sin embargo, también podemos encontrar algunas proclamaciones de derechos en las que parece ya perderse toda referencia a lo humano. Tal sería el caso de los "derechos de los animales" y de los "derechos de la naturaleza".

En cuanto a los primeros, se trata más bien de una idea de elaboración doctrinal y jurisprudencial, con origen en la filosofía[57]. Existe también, desde hace décadas, una Declaración Universal de Derechos del Animal, pero carece de todo reconocimiento oficial o carácter normativo[58]. En cualquier caso, la consideración de esta idea, como es obvio, supone la posibilidad de proclamar derechos cuyo titular no es un ser humano, lo que plantea a su vez la cuestión de la configuración jurídica de dichos derechos, su naturaleza, y su posible mayor o menor similitud con los derechos humanos. Es verdad que los

---

[56] La bibliografía es abundantísima, y de hecho el derecho del medio ambiente se suele considerar ya una rama autónoma del ordenamiento. Me permito recomendar un trabajo que aborda su configuración como derecho y se centra en su dimensión subjetiva, si bien se centra en el sistema constitucional español. Alonso García, María Consuelo, *La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

[57] Por citar algunos trabajos relevantes, Cortina, Adela, *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Taurus, Madrid, 2009; De Lora del Toro, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003; Lacadena Calero, Juan Ramón, *Los derechos de los animales*, Universidad Pontifica de Comillas, Madrid, 2002; y Baltasar, Basilio (coord.), *El derecho de los animales*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

[58] Un análisis sobre el valor de esta declaración, deshaciendo el extendido equívoco de su adopción por la Unesco o la ONU, que nunca se ha producido, puede verse en Capacete González, Francisco J., "La Declaración Universal de los Derechos del Animal", en *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9, n.º 3 (2018), pp. 143 ss., en http://www.filosofia.org/cod/img/2018capa.pdf (consultado el 17 de septiembre de 2019). El texto, de 1978, puede encontrarse por ejemplo en http://www.filosofia.org/cod/c1977ani.htm (consultado el 17 de septiembre de 2019), aunque el comentario citado refiere una segunda versión, de 1989, con solo diez artículos.

animales han sido considerados durante siglos meros objetos del derecho y no sujetos, siendo equiparados a las cosas, algo que desde nuestra perspectiva resulta inadmisible. Pero esa equiparación también puede romperse acudiendo a la figura de los "seres vivos dotados de sensibilidad", que abriría la puerta a un *tertium genus* entre la condición de sujeto y objeto del derecho[59].

Por otro lado, y en este caso con rango constitucional, encontramos el reconocimiento explícito de los derechos de la naturaleza. En efecto, el artículo 71 de la Constitución de Ecuador de 2008 dispone: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos.

Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". Todo ello, además de que los artículos 14 y 15 reconocen el derecho a un ambiente sano, y el preámbulo enfatiza la trascendencia de la Pacha Mama en el sistema ecuatoriano[60].

Estamos, por tanto, ante una proclamación radicalmente novedosa, de un derecho cuyo sujeto no es un ser humano. Sin duda, la Pacha Mama es una idea muy presente en las culturas indígenas de este y otros lugares, y por ello es en este contexto[61] como cabe entender las referencias constitucionales de

[59] En esta línea va, por ejemplo, la proposición de reforma de varias leyes presentada en España para superar esa equiparación de los animales a los objetos o cosas. Sin embargo, su tramitación caducó por el final de la legislatura. Puede verse dicha tramitación y el texto de la iniciativa en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWA2&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&QUERY=%28I%29.ACIN1.+%26+%28ANIMALES%29.OBJE.&DOCS=2-2 (consultado el 17 de septiembre de 2019).

[60] Pueden destacarse las siguientes referencias expresas: "Celebrando a la naturaleza, la Pacha Mama, de la que somos parte y que es vital para nuestra existencia", y más adelante se afirma que el pueblo decide construir "Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay".

[61] De nuevo estamos ante un tema, el de los derechos indígenas, que ha generado en los últimos años muy abundante producción bibliográfica. Como muestra de referencias de interés puede mencionarse Giraudo, Laura (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008; Giraudo, Laura (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; y Ruiz Molleda, Juan Carlos y Roel Alva, Luis Andrés, *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto de Defensa Legal-Justicia Viva-Fundación Hans Seidel y otros, Lima, Perú, 2011.

la norma fundamental ecuatoriana. Con la proclamación de los derechos de la Pacha Mama y de la armonía con la naturaleza como medio para alcanzar el sumak kawsay, la Constitución reconoce e integra inequívocamente conceptos esenciales del patrimonio cultural indígena, aunque obviamente esta afirmación constitucional tiene un alcance general y trasciende por ello el ámbito de los derechos colectivos de los indígenas. En esta línea, es habitual señalar que este concepto refleja o se enmarca en la sustitución del antropocentrismo por un biocentrismo o ecocentrismo[62], más próximos a las ideas indígenas, principalmente —aunque no solo— en todo el hemisferio occidental[63]. La incuestionable novedad del concepto en el constitucionalismo ha generado en pocos años una producción doctrinal de cierta relevancia[64]. Sin embargo,

---

[62] En este texto voy a utilizar ambos términos, que son de uso frecuente en la doctrina, aun siendo consciente de los matices diferenciadores. "Biocentrismo" nos remite al término griego βίος (bíos), la vida, y por tanto a los seres vivos. Mientras que "ecocentrismo" deriva de οἶκος (oikos), que significa casa o vivienda, y que hace referencia en este contexto al hábitat. Puede pensarse que el primero resulta más idóneo en el contexto de las reflexiones sobre los derechos de los animales (aunque también incluiría la preocupación por seres vivos vegetales) y el segundo nos aproxima más al concepto más amplio de naturaleza. Pero creo que, en realidad, la idea de Pacha Mama, aunque se aproxima, no se corresponde exactamente con ninguno de los dos términos, en la medida en que ciertamente se trata de un ente vivo, y también del hábitat del ser humano y otros seres vivos. Pero la Pacha Mama es también la madre y, en ese sentido, el origen del que procedemos y volveremos. Y esta idea no queda certeramente reflejada, al menos en el sentido etimológico, por ninguno de ambos términos. No obstante, los utilizaré por resultar los más aproximados y comunes en la doctrina.

[63] Aunque existan varias versiones y no se pueda afirmar con certeza que su texto refleje con propiedad las palabras del jefe indio, es casi ineludible referirse a la carta del jefe indio Seattle al presidente de los Estados Unidos, considerada por muchos el primer documento ecologista de la historia, y que pone de relieve de forma manifiesta el contraste entre la cultura occidental, en la que el ser humano puede apropiarse de todo, y la cultura indígena, según la cual la naturaleza no nos pertenece, sino que, a la inversa, nosotros formamos parte de ella. Su texto puede encontrarse en numerosas fuentes, no siempre coincidentes. Por ejemplo en http://herzog.economia.unam.mx/profesores/blopez/valoracion-swamish.pdf (consultado el 17 septiembre de 2019). Sobre el origen y las distintas adaptaciones y versiones del texto, https://es.wikipedia.org/wiki/Jefe_Seattle, o http://misterioresuelto.com/index.php/2017/05/08/la-carta-nunca-escrita-por-el-jefe-indio-seattle/ (consultada el 17 septiembre de 2019).

[64] Como muestra, Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013; desde una perspectiva más amplia o abierta, véase Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, México, 2019; Bedón Garzón, René, "Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza", *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 5 (2016), pp. 133 y ss.; De Prada García, Aurelio, "Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 27 (2013), pp. 81 y ss.; Pinto Calaça, Irene Zasimowicz, Cerneiro de Freitas, Patricia Jorge, Da Silva, Sergio Augusto y Maluf, Fabiano, "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia,

la proclamación de los "derechos de la naturaleza" es necesariamente híbrida, toda vez que el concepto de derecho, en el sentido de derecho humano o fundamental, es también inequívocamente una elaboración cultural de Occidente.

En todo caso, aquí interesa destacar que tanto el derecho al medio ambiente como los derechos de los animales y los derechos de la naturaleza tienen en común su relación con la protección de la vida más allá del ser humano, sirviendo como exigencia de preservación de todo nuestro planeta y la vida sobre él, y rompiendo de algún modo con el antropocentrismo tradicional, y en mayor o menor medida con el elemento humano y la dignidad como valor central.

Sin embargo, más allá de este denominador común, cada uno de estos tres derechos tiene claras características diferenciadoras. En primer lugar, el derecho al medio ambiente sigue proclamándose como un derecho humano, aunque su titular no pueda circunscribirse a una persona o grupo y por tanto tienda a considerarse derecho de titularidad difusa (y aunque en algunos casos tenga otras dimensiones, como la de deber). Por el contrario, los derechos de los animales y los derechos de la naturaleza rompen con esa titularidad humana. Pero tampoco pueden equiparse, ya que los derechos de los animales —cuya eficacia y garantía jurídica están lejos de haberse consolidado, manteniéndose todavía más en el plano teórico— tendrían como titulares a seres vivos que pueden individualizarse, hasta el punto de que la declaración antes mencionada se refiere a derechos del animal. Por el contrario, los derechos de la naturaleza tienen un sujeto más abstracto, vinculado, como se ha dicho, a una cosmovisión indígena, en la cual la naturaleza, como conjunto o idea general, posee vida. Por ello, la Pacha Mama no es —o no es solo— un conjunto de seres vivos, sino la globalidad de la tierra que es, para el ser humano, madre que nos acoge, y tiene un carácter sagrado. Hay, desde luego, una vinculación también con la vida, y por eso esta proclamación se puede enmarcar en el ámbito del biocentrismo; pero esta vinculación no se refiere solo a los seres vivos que habitan en la naturaleza (lo cual, por cierto, ya iría más allá de los derechos de los animales, al incluir seres del reino vegetal), sino

Revista Latinoamericana de Bioética, vol. 18, n.º 1 (2018), pp. 155 y ss.; Suárez, Sofía, "Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial", *Temas de análisis. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental*, n.º 27 (2012); Viciano Pastor, Roberto, "La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador", *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 20 (2019), pp. 63-80.

que se refiere a la personificación de un sujeto que, como tal, se asume como vivo. Por ello pueden proclamarse derechos de ríos o montes, por ejemplo, como sujetos personificados y como entes que acogen la vida. Por ello cabe referirse también con propiedad, como antes se ha apuntado, a un paradigma ecocéntrico. En suma, la Pacha Mama tiene vida y es nuestro hábitat como tierra que nos acoge, pero en la cultura indígena es más que todo eso, por su propio carácter sagrado.

En todo caso, cabe plantearse si es posible encontrar un fundamento común, o fundamentos compatibles en los derechos de la naturaleza (y en su caso, en los derechos de los animales) y los derechos humanos.

3.2.2. Problemas de fundamentación y titularidad de estos derechos

Como se acaba de ver, si los derechos humanos suelen encontrar su fundamento (con todos los debates que se quieran apuntar y a los que ya aludimos) en la dignidad humana, los derechos de la naturaleza tienen como fundamento una concepción indígena de la Pacha Mama como sujeto vivo. Por tanto, parece que estamos partiendo de fundamentos diferentes.

Podría pensarse que, por lo tanto, los derechos de la naturaleza quedarían ya excluidos de su configuración como derechos humanos o derechos fundamentales. Pero ello implicaría asumir que la dignidad es el único fundamento posible de todos los derechos, y que por tanto la persona es el único posible titular de los derechos.

Sin embargo, esta idea no se puede afirmar categóricamente, al menos desde que se reconocen derechos a personas jurídicas. En efecto, parece indudable que la admisión de estos sujetos como titulares de derechos fundamentales pugna con la idea de dignidad humana como fundamento de estos derechos. Una entidad creada por el derecho y en cierto modo ficticia no podría ser titular de aquellos derechos que están profundamente enraizados en la esencia de la condición humana y que en principio se poseen precisamente como consecuencia de esa condición, que solo las personas físicas poseen. En todo caso, la realidad es que esa titularidad se ha ido abriendo camino en casi todos los ordenamientos. Para justificarla, cabe esbozar los siguientes argumentos: i) las personas jurídicas suelen ser entidades colectivas, detrás de las cuales hay personas físicas, pero no siempre resulta suficiente el reconocimiento de los derechos a cada una de estas personas físicas; ii) en algunos casos cabe una interpretación analógica de las situaciones propias de las

personas físicas, de tal manera que puede predicarse en las mismas situaciones la titularidad del derecho por una persona jurídica; y iii) razones de índole práctica recomiendan que, quien puede operar en el mundo del derecho, contratar, ser propietario, tener incluso un domicilio, y comparecer en juicio, sea titular al menos de los derechos fundamentales que vienen aparejados a estas situaciones (y a otras similares en las que la diferencia entre persona física y jurídica no es relevante), como la propiedad, la inviolabilidad del domicilio o la tutela judicial efectiva, por poner solo algún ejemplo. Con esta base, al menos algunos derechos se han ido reconociendo legal o jurisprudencialmente a las personas jurídicas[65].

Es evidente que existen diferencias muy notorias entre los derechos de las personas jurídicas y la naturaleza, ya que detrás de aquellas hay personas físicas que pueden actuar en su nombre[66], lo que no se produce en el caso de la naturaleza. Quizá consciente de ello, la Constitución de Ecuador señala en su artículo 71 que "toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir

[65] Aunque es difícil realizar consideraciones generales que puedan aplicarse a todos los ordenamientos, podría afirmarse que la tendencia de la jurisprudencia ha ido en la línea de establecer un núcleo de derechos de los cuales no cabe predicar la titularidad de personas jurídicas (por ejemplo, la vida, la integridad física o la libertad personal), otros que vienen necesariamente unidos a su personalidad jurídica (como la tutela judicial efectiva, que es, hasta el momento, el único derecho que puede incluso reconocerse a personas jurídico-públicas), y otros que les van siendo reconocidos por analogía con las situaciones que protegen respecto a personas físicas, aunque el fundamento no siempre coincida (por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones, a pesar de que la privacidad que estos protegen parece más propia de personas físicas, y de que incluso técnicamente no queda imaginar una persona jurídica que se comunique sin el auxilio o intervención de personas físicas). Un supuesto especial podría ser el del derecho al honor, cuyo reconocimiento a personas jurídicas parece ir abriéndose camino, a pesar de ser este un derecho íntimamente vinculado a la dignidad. En realidad, desde una consideración objetiva o "figurada", este reconocimiento parece posible, pero en tal caso, entendido como "prestigio", fama o consideración social, también sería extrapolable a personas jurídico-públicas (una corporación u otra entidad pública, un ayuntamiento o municipalidad), con lo que estaríamos invirtiendo ya por completo la relación originaria propia del derecho fundamental, que pasaría así de ser un derecho del ciudadano frente al Estado, a ser un derecho del Estado frente a los ciudadanos, ya que son estos, a través del ejercicio de la libertad de expresión, quienes más comúnmente pueden lesionar el honor de terceros…

[66] En este sentido, véase Viciano Pastor, Roberto, "La problemática constitucional…", cit., quien afirma: "De ahí que los intentos de justificar la existencia del nuevo sujeto de derechos (la Pacha Mama) trazando un paralelismo con las personas jurídicas no tenga, creemos, la virtualidad que algunos le presuponen y que querrían porque, guste o no, la naturaleza entendida como el entorno natural que envuelve la vida del ser humano está fuera de las características, autónomas y racionales, que definen a éste. Con todo, se ha de reconocer que precisamente es el Derecho el que posee la capacidad de proyección ficticia para convertir en realidad jurídica cosas que no son, *per se*, reales".

a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". Pero en todo caso, esta referencia al elemento humano no afecta a la titularidad del derecho, sino al ejercicio de posibles acciones en su tutela. Ello no excluye, como vamos a ver enseguida, determinados vínculos con ese elemento humano en la configuración de los derechos de la naturaleza, incluso de los animales.

Dicho lo anterior, hay que reconocer que el caso de estos derechos de sujetos "no humanos" comparte con el de las personas jurídicas la idea de que difícilmente la dignidad humana puede actuar como fundamento de estos derechos, al menos de una manera directa.

Por lo demás, y en coherencia con este fundamento, la titularidad, como ya hemos apuntado, va a resultar también diferente en cada uno de los casos. Todo ello, como trataremos de señalar, no implica incompatibilidad entre estas diferentes categorías, pero sí puede conllevar diferencias relevantes en la configuración de los diferentes derechos. En todo caso, y como algún autor ha destacado, quizá la búsqueda permanente de un "sujeto" como un elemento necesario en toda construcción jurídica sea precisamente un factor que convendría superar o relativizar en estas construcciones jurídicas cuyos parámetros se alejan, al menos en parte, del constitucionalismo occidental; y desde luego en construcciones que se refieren a realidades o problemas que no pueden ser aprehendidos con los parámetros o paradigmas clásicos[67].

3.2.3. El elemento humano en los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales

Aun siendo claro que los derechos de la naturaleza (y los llamados derechos de los animales) no tienen como titular un ser humano, sino ese sujeto complejo, vivo y omnipresente que en la cosmovisión indígena es llamado Pacha Mama, ello no significa que en su configuración desparezca todo vínculo o relación con el elemento humano. Esta relación existe necesariamente, por las razones que voy a exponer sintéticamente:

i) Más allá del problema filosófico y epistemológico del dilema entre objetividad y subjetividad, y de si es posible una realidad externa sin el elemento de la percepción o conocimiento subjetivo que de algún modo va a formar parte de ese ser o de esa realidad, lo cierto es que

[67] Véase en esta línea Viciano Pastor, Roberto, "La problemática constitucional…", cit., p. 78

toda construcción jurídica es una obra humana y no puede entenderse sin esa característica. Ello es predicable de igual modo de los derechos humanos, de los derechos de la naturaleza y los derechos de los animales, todos los cuales son una obra humana y reflejan una percepción humana y subjetiva de una realidad, en cierto sentido transformada en una construcción (y a veces en una ficción) jurídica.

ii) Acudir a las concepciones indígenas como forma de entender y fundamentar los derechos de la naturaleza implica una fundamentación evidentemente vinculada a sujetos humanos, como son los pueblos indígenas, cuya cosmovisión está presente, aunque en clara hibridación con concepciones occidentales, en la propia configuración de estos derechos. No es que los derechos de la naturaleza sean derechos de los pueblos indígenas, pero sí que son derechos que solo se entienden en el marco y con el fundamento de la cosmovisión indígena, que es inequívocamente humana.

iii) Como todo derecho, los derechos de la naturaleza (e igualmente los de los animales) solo pueden ser tutelados a instancias de una acción humana. Desde luego, no debemos caer en la confusión entre derecho y acción procesal, ni entre titularidad y legitimación, pero es cierto que en estos casos la intervención humana se hace de algún modo en nombre o representación de un sujeto que no puede actuar. En esto la situación puede aproximarse a la actuación de las personas jurídicas, pero con la diferencia de que en estas la persona física que actúa en su nombre forma parte, se vincula o está "detrás de" la propia persona jurídica. En el caso de los derechos de la naturaleza, es posible que cualquier persona o colectivo pueda actuar en su defensa, aunque es innegable que tendrá una relevancia e implicación especial en el caso de que haya padecido también las consecuencias del daño a la naturaleza. Consciente de esta circunstancia, la Constitución de Ecuador señala, en su artículo 71, que "toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza". Aunque el artículo 72, dedicado a la restauración del daño, trata de separar el deber de restaurar el daño causado a la naturaleza y la posible indemnización a personas y colectivos afectados: "La naturaleza tiene derecho a la restauración. Esta restauración será

independiente de la obligación que tienen el Estado y las personas naturales o jurídicas de indemnizar a los individuos y colectivos que dependan de los sistemas naturales afectados". Con todo, como ha señalado Viciano Pastor, la "paradoja aquí nos resulta llamativa: si lo que se pretende al intentar dotar de autonomía a los derechos de la naturaleza, incluido el derecho a la restauración, es que aquella sea verdadero sujeto de derechos y sus intereses se vean así protegidos objetivamente, lo que ahora se consigue es vincular tal realidad a las personas jurídicas o físicas envueltas en los negocios particulares, o en el disfrute de sus libertades individuales, que rodean al medio. Ello puede permitir que se den situaciones de relativa confusión entre la defensa de los derechos de la naturaleza por los sujetos habilitados constitucionalmente y los intereses particulares de dichos sujetos, quienes blandiendo tan altos objetivos constitucionales no dejarían de velar por los suyos individuales"[68].

iv) La idea de preservación del planeta para las futuras generaciones está presente de algún modo tanto en el derecho al medio ambiente como en los propios derechos de la naturaleza. Se trata de conservar algo que constituye actualmente nuestro hábitat, y que nos va a sobrevivir. Esta idea, vinculada al concepto ya mencionado de los "derechos de las futuras generaciones", quizá se muestre con menos intensidad en los derechos de la naturaleza, que conceptualmente preservan a esta como sujeto, pero de todos modos existe y está presente, porque de esa preservación depende su existencia futura y su convivencia o armonía con los seres humanos que habitarán el planeta en el futuro. Y esta idea no queda lejos del concepto de humanidad antes expresado, que va mucho más allá de la suma de seres humanos vivos, y que permite relacionar de algún modo todos estos derechos con la dignidad humana.

v) En relación con lo anterior, si la naturaleza no nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a ella, el ser humano, después de todo una más entre los millones de especies de seres vivos, forma parte de esa naturaleza. Preservar los derechos de la naturaleza es preservar también los derechos humanos. De manera que los derechos

[68] Viciano Pastor, Roberto, "La problemática constitucional…", cit., p. 75.

humanos formarían parte de los derechos de la naturaleza en el sentido más amplio, encontrándose aquí la visión antropocéntrica, la biocéntrica y la ecocéntrica, que de algún modo se configurarían como círculos concéntricos.

vi) Por lo demás, cuando se habla de derechos de otros seres vivos, y en especial de los derechos de los animales, en la práctica nunca se piensa en que la consecuencia sea una idéntica protección de todos lo derechos de todos los seres vivos de idéntico modo. La protección jurídica de las especies en vías de extinción, de los animales domésticos o de los animales de compañía, es especial y mucho más intensa que las de otros seres vivos, por ejemplo los virus, los mosquitos u otros animales potencialmente peligrosos para el ser humano. También parece que los derechos de los animales… no incluirían a los vegetales. Se puede pensar, así, si no en una jerarquía, en una especie de gradación en la intensidad de la protección. Y lo que marca esa mayor o menor intensidad es, en muchos casos, el mayor o menor vínculo con el ser humano. Las normas o propuestas que, en muchos países, tratan de dispensar a los animales una especial consideración para superar su configuración como meros objetos, se centran sobre todo en la protección de ciertos animales con los cuales el ser humano se vincula de forma especialmente afectiva: por ejemplo, la inembargabilidad de los animales de compañía o incluso la fijación de un régimen de visitas en caso de ruptura matrimonial van precisamente en esa línea. Después de todo, muchas veces nuestra protección a los animales o a los seres vivos, o en el sentido más amplio, a la naturaleza, no deja de ser, en el fondo, la protección de nuestros sentimientos de afecto hacia ellos.

3.2.4. Los derechos de la naturaleza ¿son de otra naturaleza? Un apunte para su configuración jurídica

Hasta ahora me he venido refiriendo sobre todo a la fundamentación y a la titularidad de los derechos de la naturaleza (o, por extensión, de otros derechos "no humanos"), como aspectos más problemáticos a la hora de valorar el papel de la dignidad como fundamento o sustento de los derechos humanos. Creo que de todo lo anterior se puede deducir que los derechos de la naturaleza parecen responder más bien a otro tipo de fundamento. Por ello resultaría

absurdo, e incluso una contradicción en los propios términos, hablar de los derechos de la naturaleza o de los derechos de los animales como derechos "humanos". Pero lo anterior no es óbice para señalar que:

i) Ello no sería obstáculo para su configuración como derechos, e incluso como derechos fundamentales, siempre que se revise el concepto tradicional de titularidad o de "sujeto" de los derechos. Bien es cierto que, en estos casos, más que de revisión podríamos pensar en una superación de ese concepto. Pero si pensamos en un derecho sin titular (y esto, aunque de forma menos concluyente, valdría también para los llamados derechos de titularidad difusa), quizá estamos más bien defendiendo un valor. En definitiva, se trataría de la culminación de un largo trayecto desde la configuración de los derechos como "derechos públicos subjetivos" con un titular determinado que los ejerce frete al Estado, a los derechos sin un sujeto humano, en los que en definitiva la dimensión axiológica predomina hasta prácticamente convertirse en única. En la mitad del camino estarían los derechos (hoy prácticamente todos) de los que se predica una dimensión subjetiva y otra objetiva, de la que deriva el ya aludido "efecto irradiación".
ii) Estos derechos predicados de sujetos no humanos van a encontrar diversos fundamentos, de manera que no pueden entenderse como consecuencia directa de la dignidad.
iii) Con todo, estos derechos no se desvinculan por completo del elemento humano, por las razones ya expresadas, y en esta medida la dignidad juega también un papel en su entendimiento y configuración.

Sí puede decirse, por tanto, que los derechos de la naturaleza son, en cierta medida y si sirve el juego de palabras, "de otra naturaleza". Ello en modo alguno puede ni debe entenderse como una suerte de minusvaloración o de posicionamiento en un nivel o rango inferior, sino simplemente en el sentido de que se trata de derechos cuyos elementos estructurales básicos (fundamento, titularidad, contenido) responden a parámetros diferentes.

Dicho lo anterior, creo que sí es importante que se extraigan las consecuencias jurídicas de su proclamación y garantía. Con las peculiaridades apuntadas, es posible reconocer un derecho de inmunidad o de preservación de

una posición jurídica determinada. El hecho de que no puedan determinarse facultades concretas de actuación no supone un problema, ya que también hay derechos humanos (como el honor o la integridad física) que no protegen una posición activa de la persona, sino que preservan simplemente una situación o posición determinada.

Ahora bien, ningún derecho es absoluto, lo que es desde luego predicable de los derechos de la naturaleza. Esto conlleva platearse la cuestión de sus límites y los posibles conflictos con otros derechos, principios o valores que también pueden estar protegidos por la Constitución y los tratados internacionales.

Y a partir de ahí, aparece también la cuestión de su garantía, siendo aplicables, aparte de otros posibles instrumentos, las garantías jurisdiccionales establecidas para la preservación de los derechos o valores constitucionales. De hecho, ya varios tribunales han venido aplicando en la práctica estos derechos, incluso en países que no tienen una proclamación expresa en la Constitución[69]. Si bien, a efectos prácticos, los instrumentos y mecanismos de garantía no difieren en esencia de los que se utilizan en los ordenamientos basados en la protección de derechos medioambientales[70] (acciones populares, procedimientos administrativos, medidas cautelares, paralización de actividades lesivas de los derechos, fijación de responsabilidades patrimoniales, que pueden conllevar reparaciones o indemnizaciones), es cierto que esta nueva configuración ha supuesto un revulsivo para la tutela y preservación de estos valores, que probablemente, en el contexto de los Estados en los que nacen estos derechos, no se habría producido del mismo modo, o con la misma intensidad, de no mediar estas proclamaciones y garantías constitucionales. Yo creo que es innegable un doble deseo de los constituyentes que proclamaron los derechos de la naturaleza: por un lado, rendir tributo u homenaje a la cultura indígena; por otro, tratar de maximizar la garantía de la preservación de la propia naturaleza. Probablemente a ambos fines tendía la idea deliberada de utilizar la expresión “derechos de la naturaleza”, descartando la configuración

---

[69] Véanse por ejemplo, para el caso de Ecuador, los asuntos analizados por Bedón Garzón, René, “Contenido y aplicación…”, cit., p. 140; o por Suárez, Sofía, “Efectivización…”, cit., p. 3; por su parte, Viciano Pastor, Roberto, “La problemática constitucional…”, cit., menciona también algún caso de Colombia y Bolivia.

[70] En la misma línea, véase Viciano Pastor, Roberto, “La problemática…”, cit.

como valor o el reconocimiento de una dimensión solamente objetiva en la preservación de la naturaleza. Sinceramente, no creo que esta proclamación como derecho implique, desde una perspectiva jurídico-constitucional, una garantía mayor en el objetivo de preservar la naturaleza, ya que hablamos, como se ha visto, de derechos cuyo sujeto titular no puede actuar por sí mismo. Pero no se puede negar su importante valor simbólico, su incuestionable alcance "revolucionario" desde la perspectiva de la dogmática de los derechos fundamentales; e incluso parece que, en la práctica, la proclamación ha generado un despliegue de mayores consecuencias en términos de garantía, en el contexto de los países andinos que han aportado al constitucionalismo esta nueva construcción.

En todo caso, la tarea de delimitar jurídicamente los derechos de la naturaleza y precisar sus elementos antes mencionados, así como de establecer las garantías más idóneas, está en buena medida pendiente y es uno de los restos más acuciantes de la doctrina y la jurisprudencia constitucional.

4. ¿Tiene la dignidad los "pies de barro"? Principales objeciones (y posibles respuestas) al posicionamiento de la dignidad como fundamento de los derechos

A pesar de los diversos debates y cuestionamientos de la idea, aquí se ha defendido que la dignidad juega un papel importante en la fundamentación de los derechos humanos, de los que conceptualmente es el presupuesto o base. Pero del análisis de lo que hemos denominado "derechos de seres no humanos" se puede deducir que, en términos conceptuales, la dignidad no puede operar como fundamento único de todos los derechos.

En realidad, la idea de la dignidad humana como valor (y, en su caso, como derecho) intangible que sirve de fundamento a todos los derechos, tiene no pocos puntos débiles, en los que aquí no cabe profundizar, pero que sí podemos sintetizar:

i) Como ya se ha dicho, no puede pretender actuar como fundamento universal en el momento en que se reconocen derechos cuyo titular no es humano. Creo que he justificado suficientemente esta idea en páginas anteriores.

ii) Más allá de esa cuestión, la dignidad presupone un concepto de persona perfectamente delimitado, lo que en realidad no es tan fácil de precisar. Desde luego, hay intentos muy sólidos de hacerlo, como el concepto dobletriádico de Robert Alexy[71] (en síntesis, para ser persona es necesario ser inteligente, tener sentimientos, y autoconsciencia o reflexividad, y este último elemento incluye otra tríada de características: reflexividad cognitiva, volitiva y normativa), o Cortina, quien se refiere al reconocimiento mutuo o la autoconciencia como base de la autoestima y elemento distintivo de la condición humana[72]. En general, la idea de la autoconciencia encabeza los criterios que suelen establecerse para esa delimitación. Pero creo que, aun así, esta no es tan fácil. El avance de la biotecnología, la inteligencia artificial (cuyo desarrollo está muy próximo a la creación de entes sintientes, empáticos y, tal vez, conscientes de sí mismos), o incluso la posible existencia de seres procedentes de otros planteas cuyas características y condiciones no conocemos… son factores que pueden desdibujar las fronteras de lo humano. Pero aun dejando de lado estas situaciones, que se detectan ya claramente en el presente pero que probablemente plantearan este reto en un futuro bastante próximo, hay que considerar que suele admitirse que la condición humana es una característica exclusiva de nuestra especie, cuando los datos científicamente contrastados demuestran que no, ya que, además del *homo sapiens sapiens*, parecen inequívocamente humanas otras especies ya extinguidas, como los neandertales o los denisovanos…[73].

iii) En tercer lugar, cabe apreciar con frecuencia, y más en los últimos tiempos, un empleo abusivo de la dignidad por parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Es cierto que, si la dignidad se relaciona con la condición humana y el trato acorde con ella, partiendo de la aludida idea de no instrumentalización, las condiciones del trato "digno"

[71] Véase Alexy, Robert, "Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto dobletriádico de persona", en Alexy, Robert y García Figueroa, Alfonso (eds.), *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, en esp. pp. 94 y ss.

[72] Cortina, Adela, *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Taurus, Madrid, 2009.

[73] Véase, por ejemplo, https://www.nationalgeographic.es/ciencia/2019/04/los-misteriosos-denisovanos-se-cruzaron-con-los-humanos-modernos (consultado el 17 de septiembre de 2019).

irán evolucionando con el tiempo, en función de nuevas exigencias sociales y de cambiantes parámetros culturales, que van considerando condiciones "dignas" aquello que hace un tiempo se entendía como algo accesorio, superfluo, o en todo caso no imprescindible como exigencia directamente derivada de la condición humana. Basta proponer, como ejemplo, el derecho de acceso a internet o a las nuevas tecnologías, que poco a poco se va abriendo camino como nuevo derecho fundamental, al considerarse consecuencia del acceso a la cultura, lo que a su vez se entiende, con fundamento, como una exigencia de la condición humana. Es verdad que, desde luego, en cierto sentido todo derecho deriva de la dignidad, pero también cabe entender, como ha sugerido el Tribunal Constitucional español[74], que unos tienen un vínculo más intenso que otros con ese valor fundamental.

En todo caso, la tendencia a vincular todo con la dignidad ha generado probablemente una "hipertrofia" de este valor, que finalmente se trata de equiparar a todo aquello que tenga que ver, aun de la forma más remota, con la condición humana, cuando en realidad muchas veces se trata de condiciones de un especial "confort", o una suerte de inmunidad frente a cualquier tipo de injerencias, ofensas o molestias, por livianas que sean. Esto, sin duda, implica notorios riesgos, empezando por una evidente trivialización del que debería ser el valor más fundamental. Y siguiendo porque, si la dignidad se expande hasta ocupar la totalidad del espacio de los derechos (escritos o no escritos), o bien esta pierde las cualidades que habitualmente se predican de ella, comenzando por el carácter intangible, o se produciría una petrificación de todo el catálogo de derechos,

---

[74] Véase STC 236/2007, de 7 de noviembre, f. j. 3. El TC señala expresamente que "la dignidad de la persona, que encabeza el título I de la Constitución (art. 10.1 CE), constituye un primer límite a la libertad del legislador a la hora de regular ex art. 13 CE los derechos y libertades de los extranjeros en España. El grado de conexión de un concreto derecho con la dignidad debe determinarse a partir de su contenido y naturaleza, los cuales permiten a su vez precisar en qué medida es imprescindible para la dignidad de la persona concebida como un sujeto de derecho, siguiendo para ello la Declaración universal de derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales a los que remite el art. 10.2 CE". A continuación, va analizando la regulación de cada derecho de los extranjeros impugnada, tomando como pauta central de la posible inconstitucionalidad de las restricciones a la titularidad o ejercicio por los extranjeros, la mayor o menor proximidad del derecho con la dignidad de la persona.

impidiendo la posibilidad de la ponderación para resolver posibles conflictos entre ellos.

iv) Para solventar este último problema, como ya he comentado con anterioridad, cabe acudir a la idea del "núcleo" o contenido mínimo de la dignidad, para predicar solo de él esa intangibilidad, y la posibilidad de invocación directa exclusivamente frente a las lesiones notorias y frontales del mismo. Pero esta idea, que aquí he defendido, tiene también sus riesgos, comenzando por la difícil definición de qué parte de la dignidad forma parte de ese núcleo. Sigo creyendo que, a pesar de estas dificultades, hay que intentar trazar esa línea delimitadora, basándose sobre todo en los parámetros de lo que manifiestamente supone un trato considerado de forma generalizada como "inhumano" o degradante. De este modo, por ejemplo, el derecho a no sufrir torturas no me parece susceptible de una ponderación que permitiera, aunque sea solo en situaciones excepcionales, someter a alguien a esa tortura. Pero reconozco que, aun así, serán necesarios parámetros o estándares más específicos, que puede ir estableciendo —y en parte ya lo ha hecho— la jurisprudencia, dotando de mayor seguridad jurídica a los perfiles de ese núcleo, en una labor compleja y siempre susceptible de crítica. Pero me parece que esta salida es la mejor solución entre dos alternativas rechazables, como serían i) la totalización y absolutización de la dignidad y ii) prescindir por completo de la idea de dignidad en la fundamentación e interpretación de los derechos humanos, cuando estos son tales precisamente por su vínculo con lo que es propiamente humano.

5. Hacia una posición conciliadora

Partiendo de esta última idea, y para concluir este trabajo, creo que podemos y debemos "salvar de la quema" a la dignidad, pero también "repensar" este valor, revisando la actual tendencia que, con base en el pensamiento doctrinal y en cierta jurisprudencia alemana posterior a la Ley Fundamental de Bonn, ha conducido a la aludida "hipertrofia" de este valor.

Desde esta perspectiva, creo que se debe mantener a la dignidad como valor universal del constitucionalismo, aunque con un contenido y significado reducido, que impida los casos palmarios de instrumentalización de unos seres humanos por otros, o la subordinación entre ellos, y que sirva como fundamento

a la igual condición de todo ser humano, pero también a la condición única, y por tanto autónoma e irrepetible. Después de todo, este es el fundamento último —cada vez más explícito— de las declaraciones de derechos, universalmente admitidas y creo que no cuestionadas en este significado, ni siquiera por quienes destacan su origen en la cultura occidental, o exigen (con total acierto) el reconocimiento de otros valores y fundamentos, en un mundo tan globalizado como plural y multicultural.

Así entendida, la dignidad actúa como límite al relativismo, y también al positivismo más radical, aun cuando se reconozca que parte del contenido de este valor también va evolucionando, y puede ser objeto de desarrollo e interpretación por los sujetos competentes para ello.

Me manifiesto partidario, por tanto, de la dignidad como elemento fundamentador de los derechos, aunque no como único elemento, ya que, como expresé en su día[75], el elemento consensual, y también el factor evolutivo, han de estar presentes en esa labor.

Ahora me interesa, además, destacar que la dignidad no será tampoco el *único* valor fundamentador de los derechos, sobre todo en aquellos sistemas que han ido incorporando derechos desprovistos de un sujeto humano, y además desvinculados de la condición humana (al menos de forma directa, pues como hemos visto finalmente sí hay algunas relaciones). Entre estos derechos destacan los derechos de los animales, o los derechos de la naturaleza. Estos últimos parten de ideas que conforman la cosmovisión indígena, y suponen la transición del antropocentrismo al biocentrismo o ecocentrismo.

Pero, en realidad, la expresión “derechos de la naturaleza”, es profundamente mixta o híbrida, en la medida en que en ella confluyen elementos originados en la cultura occidental (el concepto de derechos, que tiene como base la idea de dignidad humana) con otros de la cultura indígena (la idea de Pacha Mama, como identificación de un ente vivo y sagrado del que todos formamos parte, y que es a la vez madre y hábitat).

El reconocimiento de estos derechos, en el contexto de una norma constitucional que invoca expresamente la dignidad de las personas y las colectividades (preámbulo de la constitución de Ecuador), y en una declaración original, pero que incluye también los que podríamos denominar “derechos clásicos”,

---

[75] Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores…*, cit. pp. 147 y ss.

obliga no solo a una armonía entre el ser humano y la naturaleza, sino también a una armonía entre los distintos valores fundamentantes y fundamentales.

La dignidad humana puede, así, en mi opinión, seguir entendiéndose como fundamento de los derechos que tiene como sujeto a la persona o colectivos unidos por la referencia humana. Pero debe enmarcarse en una idea más amplia, y es la consideración del ser humano como parte de la Pacha Mama, obligado por tanto a respetarla en la medida en que la naturaleza no nos pertenece, sino que nosotros pertenecemos a ella.

De este modo, el imperativo de no instrumentalización, derivado de la dignidad humana, debe verse complementado con otro más amplio de respeto a la vida y a la tierra que nos acoge. Es verdad que, respecto a otros seres vivos, el imperativo de respeto no puede ser, en los mismos términos, la no instrumentalización, ya que el ser humano, como cualquier otro ser vivo, necesita de esos recursos naturales, incluyendo otros seres vivos, para su subsistencia. De hecho, como es evidente, los pueblos indígenas en cuyas culturas se genera la idea de Pacha Mama tampoco renuncian, ni podrían hacerlo, a servirse de los recursos naturales dentro de un equilibrio habitualmente —o al menos tradicionalmente— armónico.

Ello no impide, desde luego, la necesidad de establecer un imperativo derivado también del respeto a la vida y a la naturaleza. Pero en este caso el imperativo ha de ser, a mi juicio, la prohibición del daño o la lesión gratuitos o innecesarios, dentro de un criterio de proporcionalidad en una ponderación en la cual la protección de la naturaleza y otros seres vivos debe tener un valor fundamental o, en términos de Alexy, el mayor peso específico. Es verdad que, en el sentido explicado, solo la persona tiene dignidad, pero todos los seres vivos (y así debe considerarse la naturaleza en ese sentido amplio ya aludido) tienen también un valor intrínseco[76]. No olvidemos que, fuera del estrecho

---

[76] En esta línea, Cortina, Adela, *Las fronteras de la persona*…, cit., pp. 224 ss., aunque se centra solo en la cuestión de los animales, sostiene que estos tienen un valor interno, pero solo los humanos tienen un valor absoluto. Es verdad que, en mi opinión y como hemos visto, este adjetivo puede resultar cuestionable por su tendencia a generar jerarquías entre valores, pero parece que la razón impone mantener la idea de un valor "especial y diferente" predicado de los humanos.

Por esta razón, sí comparto la reflexión de esta autora en p. 225: "No cabe hablar entonces de dignidad sino en el caso de los seres humanos, ni cabe hablar de 'personas limítrofes' o de 'personas en sentido amplio'. Son personas los seres dotados de competencia comunicativa, que se reconocen mutuamente […] razón humana; y, por lo mismo, capacidad de estimar los valores, capacidad de sentir y de formarse un juicio justo a través de la adquisición de las virtudes".

núcleo más intangible, la dignidad también se pondera[77]. Incluso sería posible imaginar también un núcleo intangible de la naturaleza que impida, sin lugar a la ponderación, determinados atentados de gravedad.

Lo importante es que si el ser humano ha de saberse parte y no dueño de la naturaleza, pero también consciente de su especial condición en cuanto poseedor de determinadas cualidades que antes hemos apuntado, los valores propios de esa condición humana y los de la naturaleza no solo no pueden ser incompatibles, sino que están destinados a convivir armónicamente.

Bibliografía

Alegre Martínez, Miguel Ángel, *La dignidad de la persona como fundamento del ordenamiento constitucional español*, Universidad de León, 1996.

Aleinikoff, T. Alexander, *El derecho constitucional en la era de la ponderación*, trad. de Jimena Aliaga Gamarra (estudio preliminar y revisión de la traducción de Carlos Bernal Pulido), Palestra, Lima, 2010.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2.ª ed., trad. de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Alexy, Robert, "Data y los derechos humanos. Mente positrónica y concepto doble-triádico de persona", en Alexy, Robert y García Figueroa, Alfonso (eds.), *Star Trek y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

Alexy, Robert, "La fórmula del peso", en Carbonell, Miguel (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008.

Alexy, Robert, "La dignidad humana y el juicio de proporcionalidad", trad. de Alfonso García Figueroa, *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 16 (2014), pp. 9-27.

Alonso García, María Consuelo, *La protección de la dimensión subjetiva del medio ambiente*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

Atienza, Manuel y García Amado, Juan Antonio, *Un debate sobre la ponderación*, Centro de Estudios Carbonell, Ciudad de México, 2018.

Ávila Santamaría, Ramiro, *La utopía del oprimido. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, México, 2019.

---

[77] En consecuencia, y por poner un ejemplo, prácticas que podrían considerarse contrarias a ella, como la antropofagia, pueden resultar admisibles en determinadas circunstancias que la hagan necesaria y proporcionada para otro fin, como puede ser la supervivencia.

Bachof, Otto, *¿Normas constitucionales inconstitucionales?*, 2.ª ed., trad. de Leonardo Álvarez, Palestra, Lima, 2010.

Bedón Garzón, René, "Contenido y aplicación de los derechos de la naturaleza", *Ius Humani. Revista de Derecho*, vol. 5 (2016), pp. 133-148.

Baltasar, Basilio (coord.), *El derecho de los animales*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

Bastida Freijedo, Francisco J., Villaverde Menéndez, Ignacio, Requejo Rodríguez, paloma et al., *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004.

Benabentos, Omar A. y García, Miguel Ángel, "La tutela de los derechos colectivos o difusos", *XIII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, en http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/9560

Benda, Ernst et al., *Manual de derecho constitucional*, trad. de A. López Pina, IVAP-Marcial Pons, Madrid, 1996.

Bilbao Ubillos, Juan María, *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Escritos sobre derechos fundamentales*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Menschenwürde als normatives Prinzip. Die Grundrechte in der bioethischen Debatte", *Juristen Zeitung*, n.º 58 (2003), pp. 809-815.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang, "Die Würde des Menschen war unantastbar", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 3 de septiembre de 2003.

Capacete González, Francisco J., "La Declaración Universal de los Derechos del Animal", en *Derecho Animal (Forum of Animal Law Studies)*, vol. 9, n.º 3 (2018), pp. 143-146.

Cortina, Adela, *Las fronteras de la persona. El valor de los animales, la dignidad de los humanos*, Taurus, Madrid, 2009.

De Lora, Pablo, *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, Alianza Editorial, Madrid, 2003.

De Prada García, Aurelio, "Derechos humanos y derechos de la naturaleza: el individuo y la Pachamama", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 27, 2013.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Los derechos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos*, Tirant lo Blanch-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Valencia-México, 2009.

Díaz Revorio, Francisco Javier, *Valores superiores e interpretación constitucional*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Ciudad de México, 2018.

Díez-Picazo Giménez, Luis María, *Sistema de derechos fundamentales*, 4ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Madrid, 2013.

Giraudo, Laura (ed.), *Derechos, costumbres y jurisdicciones indígenas en la América Latina contemporánea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

Giraudo, Laura (ed.), *Ciudadanía y derechos indígenas en América Latina: poblaciones, estados y orden internacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, n.º 1 (1981), pp. 77-112.

Fernández, Eusebio, "Estado, sociedad civil y democracia", en Asís de Roig, Rafael et al., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 81-159.

González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 1986.

Gutiérrez, Ignacio, *Dignidad humana y derechos fundamentales*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

Herdegen, M., "Art. 1. Abs. I", en Maunz-Dürig (ed.), *Grunsgesetz Kommentar*, C. H. Beck, München, 2003.

Kant, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, 9.ª ed., edición de Luis Martín de Velasco, Austral, Madrid, 1990.

Lacadena Calero, Juan Ramón, *Los derechos de los animales*, Universidad Pontifica de Comillas, Madrid, 2002.

Oehling de los Reyes, Alberto, "Algunas reflexiones sobre la significación constitucional de la noción de dignidad humana", *Pensamiento Constitucional*, año XII, n.º 12 (2007), pp. 327-374.

Oehling de los Reyes, Alberto, *La dignidad de la persona. Evolución histórico-filosófica, concepto, recepción constitucional y relación con los valores y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2010.

Ovalle Favela, José, "Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XXXVI, n.º 107 (mayo-agosto de 2003), pp. 587-615.

Pele, Antonio, *La dignidad humana. Sus orígenes en el pensamiento clásico*, Dykinson, Madrid, 2010.

Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales (I). Teoría general*, Eudema, Madrid, 1991.

Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución*, 10.º ed., Tecnos, Madrid, 2010.

Pinto Calaça, Irene Zasimowicz; Cerneiro de Freitas, Patricia Jorge; Da Silva, Sergio Augusto y Maluf, Fabiano, "La naturaleza como sujeto de derechos: análisis bioético de las Constituciones de Ecuador y Bolivia", *Revista Latinoamericana de Bioética*, vol. 18, n.º 1 (2018), pp. 155-171.

Prieto Méndez, Julio Marcelo, *Derechos de la naturaleza. Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

Prieto Sanchís, Luis, "Algunos problemas sobre la fundamentación de los derechos humanos", en íd., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, pp. 17-74.

Rojo Sanz, José María, "Derechos de las futuras generaciones", en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 193-210.

Ruiz Molleda, Juan Carlos y Roel Alva, Luis Andrés, *Manual de herramientas legales para operadores del sistema de justicia para defender los derechos de los pueblos indígenas*, Instituto de Defensa Legal-Justicia Viva- Fundación Hans Seidel y otros, Lima, Perú, 2011.

Sagrada Biblia, edición de Eloíno Nácar Fuster y Alberto Colunga Cueto, Biblioteca de Autores Cristianos, Madrid, 2017.

Spagna Musso, Enrico, "La tutela constitucional de los intereses colectivos en el Estado de democracia pluralista", *Revista de Estudios Políticos*, n.º 4 (1978), pp. 57-66.

Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, 24.ª ed., Espasa, 2014.

Ruiz-Giménez Cortés, Joaquín, "Comentario al artículo 10", en O. Alzaga (dir.), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, Edersa-Cortes Generales, Madrid, 1997, pp. 39-107.

Serna, Pedro, "La dignidad de la persona como principio del Derecho público", *Derechos y Libertades*, n.º 4 (1995), pp. 287-306.

Starck, Christian, "Introducción a la dignidad humana en el derecho alemán", trad. de A. Oehling de los Reyes, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 9 (2005), pp. 489-497.

Suárez, Sofía, "Efectivización de los derechos de la naturaleza: evolución jurisprudencial", *Temas de análisis. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental*, n.º 270 (2012), en http://www.cadhu.org/wp-content/uploads/2018/04/EFECTIVIZACION-DE-LOS-DERECHOS-DE-LA-NATURALEZA.-Autora.-Sofia-Suarez.pdf (consultado el 24 de febrero de 2020).

Viciano Pastor, Roberto, "La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución del Ecuador", en *Parlamento y Constitución. Anuario*, n.º 20 (2019), pp. 63-81.

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (trad. del original "Il diritto mitte. Logge, diritti, giustizia", 1992, por Marina Gascón), Trotta-Comunidad de Madrid, Madrid, 1995.

Los derechos de la naturaleza en las altas cortes de Ecuador e India: pueblos indígenas y animales sagrados*

Adriana Rodríguez Caguana**
Viviana Morales Naranjo***

Introducción

Otorgar derechos a la naturaleza es un tema que ha encendido el debate jurídico-político en la región y el mundo a partir de la Constitución de Ecuador del año 2008, que reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. A partir de entonces, se define a los derechos de la naturaleza o *pacha mama* como un conjunto de normas que promueven el respeto integral a la existencia, al mantenimiento y a la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como a su restauración integral. Tal como lo señala Gudynas[1], con este reconocimiento, la naturaleza queda dotada de valores que le son propios —valores intrínsecos—. En tal sentido, existen varias líneas éticas desarrolladas para fundamentarlos, que serán analizadas en este trabajo, entre

---

* Este capítulo hace parte de la investigación "Los fundamentos interculturales sobre los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia de las altas cortes de Ecuador, la India y Colombia" financiada por el Fondo del Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

** Doctora en Derecho Internacional por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derechos Humanos por la Universidad Nacional de la Plata. Docente-investigadora de la Universidad Andina Simón Bolívar y referente del proyecto OPTIN en la Universidad Andina Simón Bolívar.

*** Máster en Derecho Ambiental y Desarrollo Sostenible de la Universidad París 1 Panthéon-Sorbonne, candidata a *Ph.D.* en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar. Docente en la Universidad de las Américas.

[1] Gudynas, Eduardo, *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica*, Abya-Yala, Quito, 2011, pp. 239-286.

las que se encuentran: i) el ecologismo profundo —*deep ecology*— que promueve la protección de la naturaleza por su valor intrínseco; y ii) la protección a la naturaleza pensada desde la justicia intercultural en favor de los derechos de colectivos culturales.

La *primera parte* de este trabajo se centrará en el análisis de Ecuador, su contexto cultural respecto a los animales sagrados y su materialización a través de una sentencia de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador sobre la matanza de un jaguar —animal considerado sagrado para ciertas culturas indígenas de la Amazonía ecuatoriana—. Se analizará únicamente esta sentencia por ser la única que ha llegado hasta una alta corte y permite poner en evidencia el grado de apertura que tienen los altos tribunales de Ecuador para entender casos relativos a la protección animal. En una *segunda parte*, se verán varias sentencias de la Corte Suprema de la India en las que se desarrollan los derechos de la naturaleza en favor de los animales, debido a que poseen un valor sagrado para algunas de las culturas religiosas de la India. Para ello, veremos el contexto cultural, el estrecho vínculo que existe entre las configuraciones religiosas y los animales, y el desarrollo jurisprudencial.

La metodología que se utilizará es el análisis de contenido jurisprudencial para determinar si las altas cortes de Ecuador y la India han argumentado sus fallos con base en una interpretación intercultural. Para ello, se recurrirá a la hermenéutica intercultural, como la sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias, desarrolladas por Boaventura de Sousa Santos[2], que nos permitirá comprender las coherencias y contradicciones de las altas cortes de ambos países. Finalmente, se expondrán los estándares jurisprudenciales

---

[2] Para De Sousa Santos, la sociología de las ausencias amplía el presente uniendo a lo real existente lo que de él fue sustraído por la razón metonímica. La sociología de las emergencias consiste en la investigación de las alternativas que caben en el horizonte de las posibilidades concretas. Mientras que la sociología de las ausencias expande el campo de las experiencias sociales ya disponibles, la sociología de las emergencias expande el campo de las experiencias sociales posibles. Las dos están asociadas. En la sociología de las emergencias, se tiende a analizar en una práctica dada lo que en ella existe apenas como posibilidad futura. Actúa tanto sobre las posibilidades como sobre las capacidades. Identifica señales o pistas de posibilidades futuras en todo lo que existe, mientras que en la sociología de las ausencias lo que es activamente producido como no existente está disponible aquí y ahora, aunque silenciado, marginado o descalificado, en la sociología de las emergencias, la ausencia es de una posibilidad futura aun por identificar y una capacidad aun no plenamente formada para llevarla a cabo. Boaventura, *El milenio huérfano, ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, España, 2011.

para la protección de los animales —incluyendo los sagrados— que se han construido hasta el momento.

1. Ecologismo profundo e interculturalidad

Por una parte, desde el ecologismo profundo se plantea un cambio de paradigma en cuanto a la ética occidental y antropocéntrica hacia una ética biocéntrica que implica un cambio radical al mero concepto de ambiente y de desarrollo, reclamando estos derechos no desde la perspectiva del ambiente sano, con enfoque antropocéntrico, sino desde la valoración intrínseca de la naturaleza, más allá de los beneficios que pueda proveerle al ser humano. La posibilidad de otorgarle la calidad de sujeto de derechos a la naturaleza tiene como fundamentos éticos las obras de Aldo Leopold en *A Sand County Almanac*[3], la *deep ecology* de Arne Naess[4], los principios de la *Earth Jurisprudence* de Thomas Berry[5] y *the earth democracy* de Vandana Shiva[6], entre otros. Desde el derecho, este tema ha venido construyéndose desde 1973 en *Should Trees Have Standing? Towards Legal Rights for Natural Objects* escrito por el jurista norteamericano Cristopher Stone[7], a propósito de las características procesales de estos derechos. En cuanto a sus fundamentos sustantivos, los aportes de Cormac Cullinan en *the wild law* (2002)[8] y la utopía del oprimido de Ramiro Ávila (2019)[9] promueven la necesidad de transitar de un derecho kantiano — pensado en el ser humano como único titular de derechos—, a un derecho más incluyente y solidario que reconozca a la naturaleza —de la cual el ser humano forma parte— como legítima detentora de derechos a la protección, la preservación, el mantenimiento y la restauración.

---

[3] Leopold, Aldo, *A sand county almanac and sketches here and there*, Oxford University Press, New York, 1949.

[4] Naess, Arne, *Une écosophie pour la vie. Introduction à l'écologie profonde*, Anthropocene Seuil, París, 2017

[5] Berry, Thomas, *The Great Work: Our Way into the Future*, Broadway Books, Reprint edition, 2000.

[6] Shiva, Vandana, *Earth Democracy: Justice, Sustainability and Peace*, Zed books ltd., Londres, 2005.

[7] Stone, Christopher, *Derecho ambiental y justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Pensar, Bogotá, 2009.

[8] Cullinan, Cormac y Law, Wild, *A manifiesto for earth justice*, Chelsea Green Pusblishing, 2.ª ed, Chelsea, 2011.

[9] Ávila, Ramiro, *La utopía del oprimido, Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, México, 2019.

Por otra parte, la justicia intercultural, ha sido desarrollada por intelectuales cercanos a los pueblos indígenas[10] y por los propios intelectuales indígenas[11]. Este enfoque toma en cuenta los valores comunitarios y las formas de relacionarse con la *pacha mama* como parte de una propia construcción identitaria, que es lejana a la construcción normativa del liberalismo, tanto del clásico como del igualitario o de consenso. Desde esta perspectiva, los derechos de la *pacha mama* deben ser desarrollados desde una apuesta por el enfoque intercultural, que no trata de superar conflictos entre las distintas construcciones normativas, sino de conocer y comprender la diversidad desde una óptica de justicia restaurativa para reparar la injusticia histórica contra pueblos y colectivos históricamente discriminados por la historia colonial y neocolonial de dominación. El reconocimiento por el que apuesta la interculturalidad es compatible con la sociología de las ausencias de Boaventura de Sousa Santos, porque cuestiona el vacío histórico de la falta de reconocimiento y la monocultura del saber y del rigor.

> La Sociología de las Ausencias es un procedimiento transgresivo, una sociología insurgente para intentar mostrar que lo que no existe es producido activamente como no existente, como una alternativa no creíble, como una alternativa descartable, invisible a la realidad hegemónica del mundo. Y es esto lo que produce la contracción del presente, lo que disminuye la riqueza del presente. ¿Cómo se producen las ausencias? No existe una única manera, sino cinco modos de producción de ausencias en nuestra racionalidad occidental que

---

[10] Véase Ramírez, Silvina, "Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentro", *Revista de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato di Tella*, vol. 13 (diciembre de 2011); Viaene, Liselotte y Rahilal, Nimla. *Pueblos indígenas y justicia transicional. Reflexiones antropológicas*, Publicaciones de la Universidad de Deusto Digital, Bilbao, 2019; Melo, Mario, "De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate. Los derechos de la Naturaleza y la naturaleza de sus derechos", en Gallegos-Anda, Carlos Espinosa y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos* (pp. 123-138), Quito, 201; y Cletus, Gregor Barié, "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza", *Revista de Estudios Latinoamericanos*, n.º 59 (2014), pp. 9-40.

[11] Llasag, Raúl, "Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía andina y la Constitución", en Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011, pp. 75-92.

> nuestras ciencias sociales comparten. La primera es la monocultura del saber y del rigor[12].

Siguiendo la línea de la interculturalidad, se ha venido desarrollando el concepto de *biocultural rights* que implica el derecho establecido por una comunidad, de conformidad con sus leyes consuetudinarias, para administrar sus tierras, aguas y recursos, es decir, no son simplemente reclamaciones de propiedad, ya que el típico sentido de la propiedad en el mercado es un recurso universalmente conmensurable, modificable y alienable; más bien, se trata de derechos colectivos de las comunidades para llevar a cabo funciones tradicionales de administración frente a la naturaleza, tal como lo conciben las ontologías indígenas[13]. Bajo el concepto de interculturalidad, los derechos de la naturaleza son pensados y practicados desde la lógica de la protección a la vida y a la cultura de los diversos colectivos-campesinos, indígenas, negros, mestizos, etc. Por lo tanto, bajo el principio de autodeterminación, se legitima a los colectivos, para que decidan la forma en que debe usarse la naturaleza, partiendo siempre de la premisa de respeto a la madre tierra, es decir, no tomando más allá de lo necesario para satisfacer necesidades básicas y permitiendo que los elementos de la tierra se regeneren a fin de garantizar su disponibilidad para generaciones futuras.

A pesar de que la interculturalidad y la *deep ecology* tienen fundamentos distintos, se encuentran conectadas en distintas demandas y acuerdos por la defensa de los derechos de la vida —humana y no humana—. Son varias las aristas que pueden ser estudiadas desde los derechos de la naturaleza, por ejemplo, en lo referente a protección animal, países como la India, a través de su jurisprudencia, han considerado pertinente incluir a los animales como parte de la comunidad jurídica, otorgándoles derechos específicos. De igual modo, el ordenamiento constitucional ecuatoriano dispone el respeto integral a la existencia, al mantenimiento y a la regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos, así como a la restauración integral de la naturaleza. La naturaleza comprende a los ecosistemas y sus elementos bióticos y abióticos, por lo tanto, incluye los animales; así, al ser parte de la

---

[12] De Sousa Santos, Boaventura, cap. 1., "La sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias: para una ecología de saberes", en *Renovar la teoría crítica y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires)*, Clacso, 2006, p. 23. ISBN 987-1183-57-7.

[13] Bavikatte, Kabir Sanjay y Bennett, Tom, "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", *Journal of Human Rights and the Environment*, vol. 6, n.º 1 (2015), pp. 7-29.

naturaleza, los animales son considerados sujetos titulares de determinados derechos y tanto el Estado como los ciudadanos tienen obligaciones para garantizar que los derechos de los animales se ejerzan plenamente[14].

Los fundamentos y alcances de los derechos de los animales pueden ser comprendidos de maneras diferentes. Desde el ecologismo profundo, bajo el principio de igualdad y el rechazo al especismo, se sostiene que sin importar la naturaleza del ser, se requiere que el sufrimiento animal sea valorado de igual forma que el sufrimiento de otro ser[15]. Bajo esta lógica, se puede exigir la eliminación absoluta de las prácticas del sacrificio y la utilización de los animales para todo fin: entretenimiento, alimento, vestimenta, experimentos científicos, etc.[16] Por otra parte, desde la interculturalidad, la protección animal es comprendida de manera distinta. Así, ciertas culturas permiten y practican el sacrificio animal, el uso de pieles como vestimenta y abrigo o como alimento para la comunidad. Contrariamente al igualitarismo biosférico[17] preconizado por Arne Naess, la interculturalidad entiende que la relación entre los animales y los seres humanos varía según la propia concepción de naturaleza que se ha desarrollado en las distintas culturas de la humanidad.

Finalmente, hay que resaltar que tanto los defensores de la ecología profunda como los de la interculturalidad, impulsaron el reconocimiento formal de los derechos de los animales en Ecuador[18] e India. Si bien ambos países tienen profundas diferencias económicas, culturales, políticas y jurídicas, tienen en común el reconocimiento jurídico que se ha otorgado en favor de los

---

[14] Para ahondar el tema, véase Morales, Viviana, "La función ambiental de la propiedad y el bienestar animal: obligaciones constitucionales para proteger los derechos de los animales destinados al consumo humano", Cálamo, n.º 11 (2019).

[15] Singer, Peter, *Animal Liberation*, New York, HarperCollins Publishers, 2009, p. 62.

[16] Moyano, Eduardo, Castro, Francisca y Prieto Gómez, Juan, "Bases sociales y políticas del bienestar animal en la Unión Europea", *Ambienta* (septiembre de 2015), pp. 68-92, p. 69.

[17] Según Naess, bajo el igualitarismo biosférico el ecologista pragmático tiene un respeto profundo incluso veneración, por las diferentes formas y modos de vida. El tiene un conocimiento interior, una suerte de afinidad que los otros seres humanos solo reservan a sus seres queridos y hacia un grupo limitado de formas de vida. El ecologista pragmático entiende que hay un derecho igual para todos de vivir y de florecer. No se puede matar animales. Arne, Naess, *Une écosophie pour la vie. Introduction à l'écologie profonde*, Anthropocene Seuil, París, 2017, p. 120.

[18] Ver debates de la Asamblea constituyente de 2007-2008: por ejemplo, el discurso de Alberto Acosta de 8 de enero de 2008, "*¿Tienen derechos los animales?*", *Bitácora Constituyente*, Abya Yala, Quito, 2008, p. 239.

animales como sujetos de derechos. La protección de los animales puede fundamentarse en diversas razones, tales como su valor intrínseco, la utilidad que estos tienen para el ser humanos, su valor sagrado para ciertas culturas, entre otros. Esta investigación se limita al análisis sobre el grado de protección que han otorgado los tribunales de las altas cortes a los animales considerados sagrados.

2. Los derechos de la naturaleza en perspectiva intercultural en ecuador

El pluralismo en Ecuador se da en distintas perspectivas. En cuanto al pluralismo geográfico y cultural, a pesar de ser un país con apenas 270 000 kilómetros cuadrados, cuenta con cuatro regiones naturales: costa, sierra (andes), región insular (islas Galápagos) y Amazonía (oriente); tiene 14 nacionalidades y más de 27 pueblos indígenas, así como el pueblo montubio y el afrodescendiente. Además, está dentro de la lista de los países considerados megadiversos[19]. La explotación de sus recursos naturales se ha dado en diversas etapas históricas, siendo la más reciente la del petróleo desde la década de 1970 y la megaminería a gran escala desde el 2009 —año en que se emitió la Ley de Minería—. Adicionalmente, se ha acelerado la expansión de la frontera agrícola, poniendo en peligro la diversidad de la flora y fauna y también la vida de los pueblos indígenas que habitan con ellos; a pesar de esto, existe todavía un porcentaje significativo de áreas protegidas en el país (19 %)[20], que se encuentra en constante peligro por los planes y proyectos de explotación masiva de los recursos naturales. Esta realidad, según Anibal Quijano[21], es propia de un modelo económico neocolonial que mantiene la estructura de centro y periferia de la economía mundial, el cual ha llevado a los países de la región a una concentración del poder político-económico, configurando así

[19] Según Burneo, "la palabra megadiverso proviene de un libro de Russel Mittermeier escrito en 1997 en el cual se hizo un ejercicio de estimar el número de especies de distintos grupos taxonómicos como plantas angiospermas, anfibios, reptiles, aves, mamíferos y mariposas, en los países del mundo para obtener un listado de aquellos con mayor diversidad. Los diecisiete países de mayor diversidad, ocupan menos del 10 % de la superficie del planeta pero albergan siete de cada diez especies reconocidas. El Ecuador forma parte de esta lista". Burneo, Santiago, "Megadiversidad", *Letras Verdes* n.º 3 (2009), pp. 6-7.

[20] Ministerio del Ambiente de Ecuador, en http://www.ambiente.gob.ec/ecuador-a-la-vanguardia-en-la-conservacion-de-areas-protegidas-en-suramerica/

[21] Quijano, Aníbal, "América Latina en la economía mundial", *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*. Colección Antologías Clacso, Buenos Aires, 2014.

una colonialidad del poder, aliado a los intereses de los capitales internacionales que impide la construcción real de un modelo alternativo de desarrollo democrático. De esta forma, la psicología del ladrón de oro, como diría el marxista de inicios del siglo XX Mariátegui, se mantiene en las propias clases dominantes nacionales que concentran el poder político-económico con proyectos de despojo.

Bajo el contexto geográfico y cultural mencionado surgen los derechos de la naturaleza desde una perspectiva crítica, no solo por su ruptura con la teoría clásica liberal, en la que el sujeto titular de derechos ya no es únicamente humano, sino porque su fundamento plurinacional e intercultural potencia el principio descolonizador, presente en el preámbulo de la Constitución de Montecristi cuando expresa que los pueblos del Ecuador son "herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo". Esto no es casual, obedece a las demandas históricas del movimiento indígena a través de los proyectos políticos de la Conaie, que desde la década de 1970 planteaban la plurinacionalidad e interculturalidad del Estado para fundar otra forma de convivencia social y su lucha por el manejo sostenible de los recursos naturales que se encuentran en sus territorios. Este reconocimiento de las diversas concepciones del derecho deviene del pluralismo jurídico de alta intensidad, desarrollado en los últimos años en la región latinoamericana, de la mano de los movimientos sociales.

Cabe señalar que si bien en principio los derechos de la naturaleza han sido reconocidos por el derecho estatal —artículos 71-74 de la Constitución—, dicho reconocimiento no implica que la protección de la naturaleza esté limitada a los parámetros establecidos por la Constitución, puesto que el reconocimiento de la plurinacionalidad en la Carta Magna abrió las puertas del pluralismo jurídico emancipador de alta intensidad que nos obliga a entender al derecho en sus múltiples dimensiones, no solo el estatal, sino de todo aquello que constituya derecho propio. Vale resaltar que el pluralismo jurídico, como proyecto emancipador, ha sido entendido por Wolkmer[22] como la edificación de un proyecto político jurídico resultante del proceso de prácticas sociales insurgentes, motivadas para la satisfacción de las necesidades esenciales. De esta

[22] Wolkmer, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", en Villegas, M. y Rodríguez, C. (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003, p. 11.

forma, el pluralismo jurídico adquiere un carácter descolonizador, democrático y participativo que se diferencia del pluralismo conservador o neoliberal de carácter autoritario. Consecuentemente, Wolkmer construye una concepción emancipatoria del derecho que nos conduce a comprender el fenómeno jurídico de una forma que bien podríamos llamar "impura" relacionada con otras disciplinas, como las ciencias políticas, la antropología y las demás ciencias sociales, porque solo así comprenderíamos las múltiples dimensionalidades del derecho en contextos diversos y socialmente complejos.

Se trata entonces de ir más allá del reconocimiento tradicional de los derechos fundamentales y proponer una justicia intercultural —entendida como una justicia capaz de entender el conflicto de la diversidad, incluyendo el propio sentido de "lo justo", así como los distintos valores y principios de otros sistemas normativos—. En este sentido, la propia Carta Magna posee un lenguaje mestizo, puesto que consagra como principio y fin el *sumak kawsay*, que, tal como lo señala François Houtart, se trata de una idea central en la vida política del país, producto de la continua lucha de los pueblos indígenas y su relación con el entorno natural:

> Desde tiempos inmemoriales —dice el mismo David Choquehuanca—, acostumbramos hablar con nuestras aguas y respetarlas, con nuestro sol y nuestra luna, con los vientos, los puntos cardinales y todos los animales y plantas de nuestras tierras que nos acompañan (D. Choquehuanca, 2010, p. 67). Los ritos, los cultos, correspondían a la necesidad de actuar simbólicamente en una realidad difícilmente controlable y eran muy racionales. Se inscribían dentro de un pensamiento que podemos llamar simbólico (que identifica el símbolo con la realidad). La función social de este último consistía, por una parte, en expresar el carácter holístico del mundo y así crear una fuerte convicción de la necesaria armonía entre la naturaleza y los seres humanos, y por otra parte, en manifestar la fuerza de las representaciones y los ritos de la acción humana en su entorno natural y social[23].

[23] Houtart, François, "El concepto de sumak kawsay (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad", *Ecuador Debate*, vol. 84, n.º 57-76 (2011), p. 58.

De esta forma, la interculturalidad pasa a ser una categoría que, aunque no sea exclusivamente indígena, proviene de lo que Fornet Betacourt llama "una dinámica de reconocimiento"[24] de los principios y valores de la convivencia comunitaria. Entonces, el *sumak kawsay* o buen vivir es una oportunidad para pensar en un aprendizaje compartido con las distintas culturas que viven con la naturaleza, en una relación compleja que no siempre es de armonía, sino también de conflicto, pero sin la lógica de explotación y degradación del hábitat. Hoy en día, nadie duda de que este aprendizaje es urgente para el planeta, puesto que retoma un conocimiento para entender la vida de forma integral. Siguiendo la misma línea, Alberto Acosta, expresidente de la Asamblea Nacional Constituyente, que elaboró la Constitución de Montecristi, ha señalado que:

> El Buen Vivir constituye una categoría central de la filosofía de vida de las sociedades indígenas. Y su aporte nos invita a asumir otros "saberes" y otras prácticas. Pero eso no es la única fuente de inspiración para impulsar el Buen Vivir. Incluso desde círculos de la cultura occidental se levantan cada vez más voces que podrían estar de alguna manera en sintonía con esta visión indígena. En el mundo se comprende, paulatinamente, la inviabilidad global del estilo de desarrollo dominante[25].

El principio constitucional del *sumak kawsay* propone entonces una nueva relación entre los humanos y la naturaleza, que involucra un cuestionamiento al utilitarismo, propio del derecho formal antropocéntrico, para promover otros derechos, desde una relacionalidad y racionalidad distintas. El racionalismo del liberalismo tradicional kantiano se construye para proteger al ser humano individual y aislado, por tal motivo, para la teoría liberal clásica es muy difícil comprender las nuevas dimensiones del derecho, que incluye la colectiva e identitaria. Así, la Constitución de Ecuador omite la calificación de subjetivo, humano o derecho fundamental porque la lógica constituyente de 2008 trataba de superar el trato diferenciado entre la categoría fundamental y

---

[24] Fornet-Betancourt, Raúl, *La filosofía intercultural y la dinámica de reconocimiento*, Universidad de Temuco, Temuco, 2010.

[25] Acosta, Alberto, "El buen vivir, una oportunidad por construir", *Otro Desarrollo*, Quito, 2009, pp. 1-12, p. 34, en http://base.socioeco.org/docs/ecuador_debate_dic.2008.pdf

la de "otros derechos". Solo de este se daba fin al significado jerárquico y clasificatorio del derecho para dar paso a un derecho mestizo, de reconocimiento de los valores originarios de los pueblos. Por ello, a partir de la Constitución de 2008, todos los derechos pasan a ser de igual jerarquía y de directa aplicación.

De esta forma, los derechos de la naturaleza entendidos desde la interculturalidad proponen una concepción de protección comunitaria que involucra las decisiones y participación de la ciudadanía, especialmente de los colectivos. Esto quiere decir que estos derechos en contextos interculturales deben reconocer los derechos identitarios, porque pertenecen a estructuras relacionales no antropocéntricas, como los pueblos indígenas, la población afrodescendiente, las rondas campesinas, el pueblo montubio y los demás colectivos culturales que han forjado una relación con su entorno distinta a la capitalista o degradación. Esto no quiere decir que los derechos de la naturaleza sean exclusivos de los pueblos indígenas. Todo lo contrario, son derechos que han surgido del diálogo intercultural, que se fueron construyendo en lo que Boaventura de Sousa llama una "ecología de saberes". Desde esta perspectiva, la ecología de saberes debe tomarse desde su propia perspectiva crítica sin negar el conflicto que hay en las distintas epistemologías. Por ejemplo, cuando Boaventura dice que:

> *Cuando nosotros* hablamos de los derechos de la Pachamama ¿estamos hablando de algo indígena?
>
> No. Estamos hablando de una mezcla. Lo que yo llamo una ecología de saberes. Es una mezcla de saberes, saber ancestral con el saber moderno, eurocéntrico, progresista. ¿Por qué? Lenguaje del derecho y lenguaje de Pachamama. En la cosmovisión indígena, no hay ese concepto de derecho, hay el concepto más de deber y no tanto el concepto de derecho. Derecho de la Pachamama es una mezcla maravillosa, entre pensamiento eurocéntrico y pensamiento ancestral y ésta es la riqueza que no podemos desperdiciar. Es la riqueza del capital social organizativo de esta diversidad. Y esa fuerza, si es desperdiciada ahora que tenemos la plurinacionalidad en la Constitución, eso va a ser una pérdida de décadas, que no se va a recuperar[26].

[26] De Sousa Santos, Boaventura, "Hablamos del socialismo del buen vivir", *Camino Socialista*, vol. 9 (2010), p. 7.

Tal como lo expresa el profesor de la Universidad de Coimbra, la conquista por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza no es suficiente si se queda solo en el texto constitucional, sino que debe concretarse en sus diversos niveles, tanto en la institucionalidad del Estado como en la vida cotidiana de los pueblos y comunidades. Sin embargo, como veremos más adelante, la falta de correspondencia en las altas cortes del Ecuador obedece a múltiples factores, como la permanencia de una justicia monocultural, especialmente en las altas cortes, que impide el desarrollo del pluralismo y la interculturalidad jurídica.

2.1. La comprensión del jaguar y su carácter sagrado desde una perspectiva intercultural

Existen varios animales sagrados en la región andina y amazónica de Sudamérica, cuya relación con el ser humano ha sido descrita por varios estudios antropológicos y lingüísticos, especialmente aquellos que analizan los mitos y leyendas de pueblos indígenas, como los realizados por Ruth Moya[27], Ileana Almeida[28] y Eduardo Viveiros de Castro[29], entre otros. Entre los animales sagrados, tenemos al cóndor, las guacamayas, las anacondas y, por supuesto, los jaguares. Cada una de las especies representa una forma de relacionalidad humana que rompe los límites del antropocentrismo, pues en cada mito se establece una explicación cósmica del origen de la vida, del pueblo e incluso de valores, como la solidaridad, el respeto y el coraje (valentía), que suelen ser propios de los animales y que luego son trasladadas a las personas.

Así tenemos el mito de las guacamayas, que se encuentran en peligro de extinción en la región amazónica ecuatoriana que dice:

> Cuentas los viejos que un tremendo diluvio inundó la tierra y solo sobrevivieron dos hermanos que se protegieron en la cueva de la montaña. Con el paso de los días dejó de llover, pero los hermanos

[27] Ruth Moya es una destacada lingüística ecuatoriana con gran experiencia en el desarrollo curricular de la educación intercultural bilingüe en Ecuador, Guatemala, Bolivia y México. Ha investigado sobre temas relativos a sociolingüística y literatura oral indígena en distintas nacionalidades.

[28] Ileana Almeida es una filóloga graduada en la Universidad Patricio Lumumba de Moscú. Sus investigaciones son sobre historia de las lenguas indígenas.

[29] Viveiros de Castro, Eduardo, *La mirada del jaguar: introducción al perspectivismo amerindio*. Entrevistas, Tinta Limón, Argentina, 2013.

> estaban solos y sin alimento. Después de mucho caminar, regresaron a la cueva donde encontraron deliciosos manjares sin saber quién los servía. Como varios días ocurrió lo mismos, decidieron esconderse y esperar. Asombrados, descubrieron que dos hermosísimas guacamayas con rostro de mujer traían en sus alas los alimentos y preparaban la mesa. Los hermanos las atraparon y se convirtieron en dos hermosas mujeres que aceptaron casarse con ellos. Estas dos parejas, sobrevivientes del diluvio, repoblaron las tierras de los cañaris (hoy provincias del Azuay y Cañar en Ecuador) y desde entonces son aves sagradas para los indígenas.

De la misma forma, el jaguar es considerado un animal sagrado para los pueblos indígenas en la Amazonía. Tal como lo señala Beltrán, el jaguar está vinculado a los rituales chamánicos, en los que el brujo o chamán se transforma en jaguar para acceder a los poderes que la naturaleza le brinda. Estos poderes pueden usarse en beneficio o detrimento de los demás, y eso lo decide quien hace uso de ellos[30]. Además, tal como lo ha señalado Eduardo Viveiros de Castro, a partir de los estudios de los mitos amerindios, la relación de animales y los pueblos indígenas en la Amazonía tiene una genealogía completamente contraria a la racional-occidental.

> La proposición presente en los mitos indígenas es: los animales eran humanos y dejaron de serlo, la humanidad es el fondo común, tanto de la humanidad como de la animalidad. En nuestra mitología es, al contrario: los humanos éramos animales y "dejamos" de serlo, con la emergencia de la cultura, etc.[31]

Evidentemente, la concepción misma de animalidad y humanidad es distinta en los pueblos indígenas, por eso encontramos humanidades ocultas en los mitos en donde los animales, las montañas y los ríos comparten valores comunes, por tal motivo los derechos de la naturaleza o *pacha mama* son también una forma de reconocimiento a esas configuraciones humanoides.

---

[30] Beltrán, Catalina, *En búsqueda del jaguar: representaciones y narraciones en el Trapecio Amazónico*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Sede Amazonía, Colombia, 2013.

[31] Viveiros de Castro, Eduardo, *La mirada del jaguar: introducción al perspectivismo amerindio*, cit., p. 17.

En la actualidad, el Libro Rojo de Mamíferos de Ecuador[32] categoriza al jaguar como especie amenazada en proceso de peligro de extinción. El mamífero, uno de los felinos más grandes del mundo, se ha reducido a nivel mundial en un 25% y en Ecuador a un 30%. Ante esto, el Ministerio de Ambiente de Ecuador ha puesto en marcha el Plan de Acción para la Conservación del Jaguar en Ecuador desde el año 2014. Pese a las múltiples acciones emprendidas por el Estado, la comprensión monista del derecho no ha permitido conciliar el conflicto entre dos normas constitucionales; por un lado, el art. 73 que establece la obligación estatal de aplicar medidas de precaución y restricción para las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, la destrucción de ecosistemas o la alteración permanente de los ciclos naturales; y, por otro lado, el art 57, numeral 1 de la Carta Magna, que declara que los derechos colectivos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social. Así, la falta de comprensión de la relación de los animales con los pueblos y el daño cultural ante la extinción de estos lleva a que las acciones estatales, tanto administrativas como penales, sean punitivistas en lugar de interculturales, preventivas y conciliadoras. A fin de evidenciar la ausencia de una justicia intercultural —sociología de las ausencias—, se analizará la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia en el año 2014 a propósito de la muerte de un jaguar a manos de un campesino amazónico.

2.2. La protección animal bajo el marco normativo ecuatoriano

Si bien los animales han sido protegidos en varias culturas, incluso considerando a algunas especies como semidioses, la protección animal en la modernidad es relativamente nueva, ya que los primeros estudios los encontramos a partir del siglo XIX. En Ecuador, la protección animal desde una perspectiva integral, y no solo como propiedad, la tenemos a partir de la Constitución de 2008. Tal como sostiene Morales, a partir del 2008, el derecho ecuatoriano ha creado una doble protección a favor de los animales. Primero, la limitación al derecho del que gozan los propietarios de los animales, creando para el efecto la figura jurídica de la función ambiental. Segundo, el deber estatal de garantizar el bienestar animal fundado en una postura bienestarista, que,

[32] Véase Libro Rojo de los Mamíferos del Ecuador, en https://librorojo.mamiferosdelecuador.com/

lejos de fomentar el antropomorfismo, permite que los animales puedan ser destinados al consumo humano, en la medida en que estos sean criados, transportados y sacrificados en condiciones que garanticen su bienestar[33]. A partir de la incorporación de los derechos de la naturaleza en la Constitución, los animales alcanzaron un tipo de protección más garantista en la justicia ecuatoriana. Así, el Código Civil y Código Penal modificaron los fundamentos de las instituciones jurídicas de la propiedad y el daño, creando la obligación de resguardo, protección y bienestar animal. La muerte de ciertos animales sagrados es sancionada por el Código Orgánico Integral Penal (COIP) en la medida en que encajen en el tipo penal:

> Artículo 247. Delitos contra la flora y fauna silvestres. La persona que cace, pesque, capture, recolecte, extraiga, tenga, transporte, trafique, se beneficie, permute o comercialice, especímenes o sus partes, sus elementos constitutivos, productos y derivados, de flora o fauna silvestre terrestre, marina o acuática, de especies amenazadas, en peligro de extinción y migratorias, listadas a nivel nacional por la Autoridad Ambiental Nacional así como instrumentos o tratados internacionales ratificados por el Estado, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Partiendo de la premisa bajo la cual los derechos son de directa e inmediata aplicación (art. 11 de la Constitución), el COIP debe ser leído a la luz de otros principios y derechos constitucionales, tales como el principio de interculturalidad y el derecho de los pueblos indígenas de mantener sus tradiciones ancestrales, dentro de las cuales se encuentra la caza, la pesca, entre otras. Por lo tanto, ningún juez puede establecer la culpabilidad de una persona sin antes garantizar que se respeten los derechos constitucionales, puesto que bajo el nuevo modelo de Estado constitucional de derechos y justicia no se puede continuar resolviendo los casos de forma legalista, sino realizando una interpretación que tome en cuenta los principios y derechos constitucionales.

La postura legalista, alejada completamente de los principios pluralistas, puede ser evidenciada en el caso del jaguar, cuya sentencia fue emitida

---

[33] Morales, Viviana, *La función ambiental de la propiedad y el bienestar animal: obligaciones constitucionales para proteger los derechos de los animales destinados al consumo humano*, cit.

el 8 de septiembre de 2015 por la Sala Especializada de lo Penal de la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. En esta ocasión, la alta corte negó el recurso presentado por el campesino amazónico Luis Alfredo Obando Pomaquero, acusado de haber dado muerte a un jaguar en la Amazonía ecuatoriana. El caso llegó por una denuncia interpuesta por el Ministerio del Ambiente tras una denuncia pública realizada por un activista ecologista desde México, quien manifestaba su indignación por una fotografía subida a una red social en la que se observa un jaguar muerto junto a un grupo de personas que posaban para la foto. El Ministerio alegó que el autor había cometido un delito contra el medioambiente, en su modalidad, protección de flora y fauna, tipificado y reprimido por el artículo 437 literal F) inciso segundo, literal b) del COIP. Así, en la sentencia emitida en primera instancia, el Tribunal de Garantías Penales de Napo declaró la culpabilidad de Luis Alfredo Obando Pomaquero, como autor y responsable del delito contra la flora y fauna silvestre y fue condenado a diez días de prisión. Frente a esta decisión judicial, el Ministerio del Ambiente interpuso recurso de apelación ante la Sala Única de la Corte Provincial de Justicia de Napo, la misma que fundamentándose en los derechos de la naturaleza ratificó la culpabilidad del delito contra la flora y fauna silvestre, aumentando la pena a seis meses. Frente a esta sentencia se interpuso un recurso de casación que finalmente ratificó la sentencia de la Corte Provincial y Luis Obando fue condenado a seis meses de prisión por la Corte Nacional de Justicia, creando así un precedente de la alta corte sobre la caza de animales.

Si se mira este caso, a simple vista no cabe duda de que se trata de un menoscabo a los derechos de la naturaleza y de un delito que debe ser sancionado de acuerdo a la normativa penal ecuatoriana, por tratarse de un animal en peligro de extinción. Sin embargo, bajo una lógica de interpretación intercultural, este caso debió haber tomado en cuenta las siguientes consideraciones.

En primer lugar, cuando se hace referencia a los contextos interculturales de un caso, no podemos limitarnos a las culturas de pueblos indígenas, sino a todos aquellos contextos en los que se desarrollan relaciones socioculturales distintas. En el caso de estudio, estamos ante un campesino amazónico, cuya relación con su entorno es desconocida puesto que, como consta en el expediente, en ninguna instancia ni etapa del proceso se ordenó la realización de un peritaje antropológico o social, que diese cuenta de la relación cultural que mantienen los habitantes rurales del Napo con la fauna de la zona, ni

de la situación socioeconómica y actividades tradicionales que mantienen dichos habitantes. Vale resaltar que desde la entrada en vigor de la Ley de Hidrocarburos en 2010 se triplicaron los bloques petroleros (de 21 pasaron a 60 bloques); en la actualidad existen 87 bloques, que afectan a todas las provincias amazónicas del país. Solo en la provincia amazónica del Napo existen 47 pozos de petróleo desde la década del sesenta y desde el año 2018 se están proyectando 23 pozos nuevos en el sector de Archidona, donde existe la mayor concentración de las comunidades kichwas amazónicas del Napo. Toda esta ola de proyectos extractivistas se ha ejecutado sin que medie un proceso de consulta previa a los pueblos que habitan la zona respecto a su postura sobre la explotación de recursos naturales[34].

Por otro lado, la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (FAO) sostiene que los bosques naturales del Ecuador se han reducido de forma agravante con deforestaciones anuales que pasan de las 2000 hectáreas por año, siendo la Amazonía la más afectada por los territorios deforestados[35]. Para completar el contexto de despojo en la Amazonía ecuatoriana, en la última década se ha registrado un aumento de la explotación minera ilegal en 68 puntos, de los cuales 20 se encuentran ubicados en la provincia del Napo[36]. La explotación masiva, principalmente del oro, está provocando un regreso a la historia colonial y a la "psicología del ladrón del oro". El Estado, a través de la Ley de Minería (2009), legalizó la actividad minería a gran escala —megaminería—; sin embargo, tanto en la ley como

---

[34] Trabajo de campo, abril de 2019. Entrevista a dirigentes de la Federación de Organizaciones Indígenas del Napo (FOIN).

[35] Según Kellenberg, citado por Fander Falconí y Juan Ponce, "los bosques naturales se han reducido de 16.6 × 106 ha en 1970 a 14.3 × 106 ha en 1980, decreciendo a 12 × 106 en 1990 y 11.1 × 106 ha en 1995. Esto significó una deforestación anual de 229 500 hectáreas durante los años setenta, 238 000 hectáreas por año durante los ochenta, y 190 000 hectáreas por año en la década de los noventa. Los estudios gubernamentales (FAO et al., 1995) indican que la superficie forestal del Ecuador asciende a 11.5 millones de ha de bosque nativo. De ese total, el Oriente o Amazonía tiene 9.2 millones de ha", que ha decrecido de forma significativa en la última década. Kellenberg, John, *Accounting for natural resources: Ecuador, 1971-1990*, tesis doctoral, Department of Geography and Environmental Engineering, Johns Hopkins University, Baltimore, Maryland, 1995.

[36] Información tomada del mapa interactivo del estudio elaborado por la Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada (RAISG) e InfoAmazonía https://mineria.amazoniasocioambiental.org/

en la práctica se invisibiliza el derecho de consulta previa de los pueblos indígenas, lo que convierte a esta actividad en ilegítima.

Evidentemente, la degradación de la selva amazónica, principalmente por la explotación petrolera, la minería, la agricultura extensiva y la deforestación, ha decantado en una alteración del hábitat de la fauna y en una reducción alarmante de su territorio. Esta realidad obliga a que los animales busquen alimento y hogar en las zonas más urbanizadas, produciéndose así un conflicto con las comunidades locales, especialmente las rurales. Si bien para los pueblos indígenas de la Amazonía los jaguares son animales míticos, sagrados y protegidos por la cultura, el proceso de mestizaje ha sido acelerado en la Amazonía, dando lugar a otras formas de relaciones con la naturaleza. Además, la deforestación produce un efecto nocivo para los habitantes, tanto indígenas como mestizos, que viven de la caza y el consumo de animales que hoy en día están en peligro de extinción. Así, Julio Cerda —dirigente de la Federación de Organizaciones Indígenas del Napo— afirma que "los amazónicos somos cazadores y tomamos los animales rastreros que la comunidad necesita, como el wanto, monos lanudos; ardilla, oso hormiguero, armadillo, pecarí, venado; pájaros tucanes, guacamayos, iguanas, entre otros de una larga lista de animales"[37].

Se debe tener presente que la cacería es una actividad ancestral en la Amazonía que se realiza de manera artesanal, es decir a pequeña escala, y tomando lo necesario para la subsistencia de las comunidades para mantener de esta manera el equilibrio de los ecosistemas. Esto sigue la línea de los derechos bioculturales, es decir ese derecho legítimo que tienen las comunidades de acuerdo con sus leyes ancestrales, para utilizar responsablemente los recursos presentes en sus territorios. Sin embargo, a partir de los procesos de colonización y la llegada de las empresas extractivistas, la relación entre naturaleza y cultura se ha alterado en la Amazonía. Así, Julio Cerda afirma que, mientras antes la cacería se realizaba con lanzas, ahora se da con escopetas, mientras antes se cazaba para proveer el alimento a las comunidades, ahora se lo hace para el tráfico de animales, es un problema que tenemos que afrontar[38]. Efectivamente, las tazas de pobreza en la Amazonía se agudizan y la población se ve obligada a realizar actividades

[37] Entrevista a Julio Cerda, dirigente de la FOIN. Trabajo de campo durante los meses de abril y mayo de 2019.

[38] Ibíd.

ilícitas como tráfico de animales, porque no hay otras alternativas de trabajo que sean impulsadas por el Estado en su calidad de garante del derecho al trabajo.

En la entrevista realizada al dirigente de la Federación de Organizaciones Indígenas del Napo[39], este manifestó que existe una preocupación por la pronta extinción de los animales y que se encuentran realizando campañas de sensibilización para detener la caza de animales en peligro de extinción: "Nuestra organización no tiene ningún financiamiento, ahora hemos puesto un centro de turismo para financiar nuestras actividades… Estamos tratando de fortalecer la justicia indígena como un mecanismo que nos asegure la protección de la pacha y así frenar la caza ilegal con compromisos comunitarios"[40].

Así, se pone en evidencia la intención por parte de la dirigencia de llegar a acuerdos y límites a la caza de animales, en la medida en que la justicia indígena se vea fortalecida. Vale resaltar, en este punto, que la justicia indígena es reconocida por la Constitución de 2008 de Ecuador en su artículo 171, que da cuenta del reconocimiento del pluralismo jurídico que conlleva el Estado plurinacional e intercultural de derechos. Como podemos ver, los habitantes mestizos o campesinos de la Amazonía mantienen una relación con la naturaleza atravesada por el conflicto y la sobrevivencia, en un contexto de violencia estructural en donde la pobreza asciende al 77%; además, cerca del 90% de los jóvenes no accede a la educación superior; el analfabetismo también es mayor a escala nacional, mientras que la media es del 5% en la Amazonía alcanza el 10%.

Este análisis del contexto político-económico de la Amazonía y sus repercusiones culturales nos permite entender que en el caso del jaguar, la condena al campesino Luis Alfredo Obando se produjo en una zona de pobreza, de exclusión y con tradiciones basadas en la caza. La muerte del jaguar es producto de la *extrahección*, que en términos de Gudynas implica la extracción de recursos naturales con violencia[41]; es decir, las consecuencias de una actividad que busca una extracción desmedida y que ha provocado un peligro no solo para los animales de la selva, sino para los habitantes de la zona —población campesina y pueblos indígenas—. La falta de un análisis de contexto del caso

---

[39] Ibíd.

[40] Ibíd.

[41] Gudynas, Eduardo, *Extracciones, extractivismos y extrahecciones. Un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales*, Claes, febrero de 2013, p. 1.

evidencia un sistema judicial que es indiferente a las relaciones socioculturales y a un monismo jurídico, que aunque reconozca los derechos de la naturaleza, lo hace desde el formalismo y no desde la interpretación intercultural. Estamos, entonces, frente a un caso en el que se evidencia una epistemología de las ausencias por parte de la Corte Nacional de Justica, ya que en ninguna parte se pone en evidencia la necesidad de desarrollar el contenido de los derechos de la naturaleza —de la cual los animales son parte—, ni tampoco se ve un intento por evidenciar el valor sagrado que tienen ciertos animales como el jaguar para determinadas comunidades amazónicas. Así, lejos de tomar en consideración la justicia intercultural tan necesaria en un Estado plurinacional e intercultural como Ecuador, la alta corte omite aproximarse a una interpretación sociojurídica que le permita entender no solo el contexto actual de las relaciones culturales-naturaleza, sino también el histórico-cultural. Consecuentemente, el orden judicial olvida que los animales, considerados sagrados para las culturas indígenas, no solo deben ser sujetos de protección, sino tener estándares claros para frenar su extinción.

3. Los derechos de la naturaleza en la India: interculturalidad y protección animal

La India es un país con conflictos internos que proceden de un pasado colonial complejo, fundado en un sistema de castas y de élites religiosas hasta la completa independencia de la India[42] en la década del cuarenta bajo el liderazgo de Gandhi[43] con el movimiento Quit India. Las emigraciones, conquistas y el comercio han sido la causa del conflicto, la mezcla, los intercambios y la

[42] En el camino hacia la independencia de la India se recrudeció la rivalidad entre el Congreso de mayoría hindú y el partido político Liga Musulmana, con mutuas acusaciones de deslealtad, la Liga hacia el Congreso por arrogarse la representación de todos los indios; y el Congreso hacia la Liga por separar a los musulmanes. Finalmente, la independencia trajo consigo la formación de dos Estados: la India y Paquistán, cada uno albergando una multiplicidad de religiones.

[43] Según Pontara, Gandhi no creía en las verdades absolutas que profesaba cada religión, sino en la búsqueda continua de la verdad, o de ese granito de verdad, intrínseco que subyace en cada religión. Dichos preceptos del gandhismo se evidencian en el deber fundamental que tienen los ciudadanos indios de desarrollar el *scientific temper*. Para Gandhi, si se quiere ver cara a cara el universal y omnipresente espíritu de la verdad, hay que ser capaz de amar al más ínfimo de los seres como a sí mismo. Precisamente, la búsqueda de la verdad fue lo que condujo al líder pacifista a la política, porque para él aquellos que afirman que la religión no tiene nada que ver con la política no saben lo que significa religión. Pontara, Giuliano, "Gandhi: el político y su pensamiento", *Polis, Revista Latinoamericana,* vol. 15, n.º 43, (2016), p. 19-40.

convivencia de religiones a lo largo de la historia de la India. La convivencia no ha estado ausente de conflictos, por ejemplo, la rivalidad entre la religión hindú y musulmana comenzó en el año 700 d. C. a causa de sus pugnas territoriales que sucedieron a la conquista musulmana en la India. Efectivamente, desde esa época hasta la independencia de la India e incluso hasta la actualidad, el sustrato hindú ha resistido a la islamización, y viceversa. Hoy en día, India sigue siendo un país plural, en el que coexisten varias religiones procedentes de distintos lugares del mundo; sin embargo, el hinduismo es mayoritariamente practicado por el 79,8% de la población, seguido por el islam con el 14,2%, el cristianismo con el 2,3%, el sijismo con el 1,7%, el budismo con el 0,7% y el jainismo con el 0,4%[44]. Cada religión posee una relación distinta con los animales, por lo que la construcción de sacralidad y de utilidad material para satisfacer las diversas necesidades de los seres humanos dependerá del colectivo religioso al cual pertenece.

Hay que tener en cuenta que la religión es una creación humana y puede ser entendida como la reproducción de los agentes culturales que posee características inherentes de los propios seres humanos y en la que se polariza la acción social por medio de un constructo simbólico, en el que una deidad aparece como perfecta e ilimitada, lejana del otro polo, en el que se encuentran las personas humanas, que son seres falibles y limitados[45]. Por ello, atribuir propiedades espirituales y características especiales a ciertos animales refleja la forma de pensar y actuar de los practicantes. Según Weber, la doctrina religiosa se desarrolla en mayor medida en las clases sociales empobrecidas, porque buscan la promesa de la salvación más allá del mundo material, desarrollando así una forma de dignidad extraterrenal, al sentirse escogidos y dignos de ella. En la India, el índice de pobreza en el año 2011 alcanzó el 21,9% —Ecuador en el mismo año alcanzó el 28,6%—[46]. Se trata de un país que se caracteriza por su diversidad religiosa y sus prácticas de ofrenda y alabanza como medios para cumplir los mandatos filosóficos impuestos por cada religión.

---

[44] Información tomada de Oficina de Infomación Diplomática, "República de India. Ficha país", junio de 2019, en http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/INDIA_FICHA%20PAIS.pdf

[45] Camarena Adame, María Elena y Santiago, Gerardo Tunal, "La religión como una dimensión de la cultura", *Nómadas*, vol. 22, n.º 2 (2009), pp. 1-15.

[46] Banco Mundial, en https://datos.bancomundial.org/indicator/SI.POV.DDAY?locations=IN-EC. El último dato reportado por la India es de 2011.

Los fundamentos de una religión no están exentos de conflictos con el resto de religiones. Así, tenemos: i) hindúes que rechazan las prácticas religiosas del islam tales como el sacrificio animal, ii) musulmanes que ven en el sacrificio animal, como a una vaca, un medio para practicar la caridad y congraciarse con su Dios[47], iii) cristianos que dejaron atrás el sacrificio animal para sustituirlo por la misericordia al prójimo, pero que ven a los animales como carne destinada al consumo, iv) budistas que se abstienen de consumir animales bajo una filosofía de respeto por cualquier forma de vida, como condición indispensable para alcanzar la liberación, v) jainistas que ven a todas las criaturas como seres con alma, merecedoras de respeto y compasión. Por lo tanto, el grado de respeto y amor a los animales que mantiene cada religión podría decantar en un conflicto religioso. Dichos conflictos requieren que el Estado intervenga en calidad de mediador para propender a un diálogo intercultural[48] religioso complejo.

Los conflictos entre derechos que pueden surgir en una sociedad plurireligiosa como la India mayoritariamente son resueltos por las diversas funciones del Estado, entre las cuales se encuentra el Poder Judicial. La propia Constitución establece en tres capítulos los alcances y límites del Poder Judicial y el lugar de la Corte Suprema para hacer efectiva la justicia constitucional[49]. Efectivamente, no solo la función ejecutiva ha tratado de alcanzar una convivencia entre religiones[50], sino también la función judicial, tal como veremos en esta parte. La Corte Suprema, como vértice único del Poder Judicial, ejerce, entre

---

[47] Tamayo, Juan José, *Islam. Cultura, religión y política*, 1.ª ed., Trotta, Madrid, 2009, p. 113. Sura 2 —capítulo del Corán— denominado *la vaca*: "Por mandato de Alá se manda a matar una vaca, la misma que serviría para resucitar a un muerto".

[48] Según comenta Walsh, "la interculturalidad intenta romper con la historia hegemónica de una cultura dominante y otras subordinadas y, de esa manera, reforzar las identidades tradicionalmente excluidas para construir, tanto en la vida cotidiana como en las instituciones sociales, un convivir de respeto y legitimidad entre todos los grupos de la sociedad. Para ello, es necesario visibilizar las diferencias histórico-ancestrales de cada grupo religioso, para posteriormente crear las condiciones para que estas diferencias puedan existir y fortalecerse en condiciones de igualdad y equidad". Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época*, Abya Yala-UASB, Ecuador, 2009.

[49] Olivetti, Marco, *El Tribunal Supremo de la India como órgano de justicia constitucional. Apuntes introductorios*, 2008, p. 362.

[50] Para Luarte Correa, el ejecutivo ofrece apoyo a templos hindúes y mezquitas musulmanas, y también a instituciones educativas que imparten instrucción religiosa, facilitando además la reclamación de impuestos en beneficio de todas las religiones, pero no en ayuda de alguna religión en particular. Luarte Correa, Felipe, "Política y religiones en la India contemporánea", *Humania del Sur*, año 12, n.º 23 (julio-diciembre, 2017), p. 36.

otras, la función de justicia constitucional. Si bien los jueces son designados por el Ejecutivo, este debe realizar consultas establecidas en la Constitución y cumplir con los altos requisitos que son obligatorios para el cargo. Entre las funciones jurisdiccionales del máximo tribunal se encuentra la protección directa de los derechos fundamentales y la interpretación de la Constitución[51].

A lo largo de los diversos litigios sobre animales, la Corte Suprema ha recurrido a una interpretación intercultural, sistemática y evolutiva con el fin de establecer ciertos estándares de protección animal y propender a una convivencia entre las diversas religiones. Efectivamente, la jurisprudencia de la India, a más de dar un trato privilegiado a los animales sagrados de ciertas religiones —la vaca y su progenie—, también ha ido estableciendo parámetros de protección animal basados en la utilidad que tiene el animal en la vida de los ciudadanos indios, pero adicionalmente otorgándole protección por su calidad de ser sintiente merecedor de respeto y compasión. Finalmente, en las sentencias del alto tribunal, se evidencia que la ciencia y la filosofía se han complementado de tal manera que han construido bases para la concienciación humana respecto al trato que debe tener por el otro, en este caso por el animal. El presente análisis de sentencias de la Corte Suprema de la India se centrará en el análisis de la incidencia de la religión en la construcción cultural sobre la relación ser humano-animal.

3.1. La construcción cultural de las religiones de la India respecto a los animales

Por lo general, las religiones propenden a que las personas busquen una vida basada en virtudes y valores, tales como el respeto por el otro, la compasión, el amor; la construcción epistemológica sobre la relación entre el ser humano y animal varía dependiendo de la religión. El cuadro que consta a continuación pone en evidencia que los fundamentos y prácticas religiosas no son estáticas y que evolucionan con el tiempo; de hecho, una religión puede nutrirse de los preceptos de otra, alcanzando así un diálogo y una posterior convivencia, aun cuando se trate de grupos religiosos mayoritarios como el hinduismo frente a minorías religiosas como el budismo o el jainismo.

[51] Olivetti, Marco, *El Tribunal Supremo de la India como órgano de justicia constitucional. Apuntes introductorios*, cit., p. 369.

Tabla 1. Religiones de la India y su relación con los animales

Hinduismo	*1500-800 a. C.*: los sacerdotes no podían negarse a participar en la ofrenda ritual de un animal, dado que se produce un agravio a los dioses con la negativa al consumo de carne, acto que no se adecuaría al orden del rito[52]. *500 a. C.*: a partir de las Upanishads —escrituras sagradas indias—, la *ahimsa* —no violencia— implica tres virtudes globales: *damyata*, *datta* y *dayadhvam*, que pueden ser traducidas por autocontención, autosacrificio y compasión. Para los hindúes, los pueblos que comían carne eran considerados "bárbaros"[53]. *200 a. C. aprox.*: en el Código de Manú —reglas de la Antigua India—, la purificación se obtiene a través del sacrificio animal. Bajo las escrituras de Manú, la sangre del sacrificio animal permite alcanzar la purificación[54]. En el sacrificio hindú, el sacrificante y la víctima obtienen beneficios o pérdidas. Debido a la idea de la reencarnación, el sacrificio permite elevar a las dos partes a un estado más perfecto en una vida futura. Pero si se rehúsa a comer la carne del animal sacrificado, el sacrificante será condenado a renacer en el estado animal que rehusó comer[55]. Bajo este código, la vaca es un animal sagrado[56]. El hinduismo venera a la vaca, el toro, el buey. Por ejemplo, el toro ha sido ligado a la figura de Shiva por su fuerza y su potencia sexual, aparece en las luchas contra los demonios y es el vehículo y el compañero de Shiva. Por otro lado, la vaca representa la madre tierra, la naturaleza, las virtudes de la fertilidad y la abundancia, por lo que se la relaciona como encarnación de la Gran Diosa en sus funciones nutritivas y vitales[57].

[52] García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, tesis de grado, Máster en Filsofía Práctica, Universidad Nacional de Educación a Distanca, UNED, España.

[53] Ibíd, p. 9.

[54] Loiseleur Deslongchamps, Auguste-Louis-Armand, *Les lois de Manou*, París, 1833: verso 5.31: "El consumo de carne proveniente de un sacrificio ha sido declarado que es una regla de los dioses; pero comer carne en otras ocasiones, se considera una conducta de raksasas (caníbales)".

[55] Valverde Sánchez, Sergio, "Sobre el concepto de sacrificio en la historia de las religiones", *Revista de Estudios*, n.º 16 (2002), pp. 83-98.

[56] Loiseleur Deslongchamps, Auguste-Louis-Armand, *Les lois de Manou*, cit., 5.133: "Uno debe saber que son puros las moscas, las gotas de agua, las sombras, una vaca, un caballo, los rayos del sol, el polvo, la tierra, el aire y el fuego".

[57] García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, cit.

Islam	*Siglo VI aprox.*: el sacrificio está fundamentado en un pasaje del Corán, en el que se muestra la voluntad de Abraham de sacrificar a su hijo Ismael como un acto de obediencia a Dios, quien en lugar de matar a Ismael sacrifica un cordero. Esto ha dado origen a festivales de sacrificio que se practican hasta la actualidad, como el festival del sacrificio o Eid-el-Kebir. El camello es un elemento sagrado de Dios pero que puede ser sacrificado en nombre de Alah para posteriormente ser repartido entre su dueño y los necesitados. Un máximo de siete familias puede asociarse para sacrificar un ternero o una vaca. Situada bajo el signo de compartir y de solidaridad, con los pobres, la tradición implica que el primer tercio de la carne se da a los pobres y necesitados, el segundo tercio a los amigos y vecinos (musulmanes o no) y el tercio tercero a la familia[58]. Bajo las reglas musulmanas, hay alimentos permitidos —los que se consumen en caso de necesidad, salvo el cerdo, los peces, las aves, etc.—; y prohibidos —los animales que se matan sin el ritual religioso, la carne de cerdo, la de animal sobre el que se haya invocado un nombre diferente del de Dios, la de animal asfixiado o muerto a palos, de una caída, de una cornada, la del devorado parcialmente por las fieras, etc.— . La clasificación entre animales permitidos y prohibidos depende del tipo de grupo musulmán, cada grupo interpreta el Corán de modo diferente teniendo como único nexo de unión el idioma árabe[59]. *1483-1530*: el emperador mogol Babar vio la sabiduría de prohibir la matanza de vacas como un sacrificio religioso y ordenó a su hijo Humayun que siguiera este ejemplo. De manera similar, se dice que los emperadores Akbar (año 1542-1605), Jehangir (año 1569-1627) y Ahmad Shah (año 1389-1442) prohibieron la matanza de vacas. Nawab Hyder Ali de Mysore (año 1722-1782) convirtió la matanza de vacas en un delito punible con el corte de las manos de los delincuentes[60].

Continúa

[58] Ministère del l'inetrieur et Ministère d'agriculture de France, Aïd-el-Kébir*: modalités d'organisation et d'encadrement de l'abattage: guide pratique*, La Docuentation Francaise, París, 2016.

[59] Ribagorda Calasanz, Aurora, "Los animales en los textos sagrados del Islam", *Espacio, Tiempo y Forma*, Serie III, Medieval, tomo 12 (1999), pp. 101-138.

[60] La India, Corte Suprema, Mohd. Hanif Quareshi & Others vs. The State Of Bihar, 23 de abril de 1958.

Cristianismo	*Segundo milenio a. C aprox.*: En la Biblia —libro sagrado del judeocristianismo—, la relación ser humano-animal se caracteriza por una relación ambivalente. Por un lado, está el dominio del hombre sobre los animales[61], la aceptación del sacrificio animal para alabanza a Dios[62], la matanza de animales que dañan los cultivos[63]. Por otro lado, la compasión y el bienestar animal[64]. El sacrificio fue sustituido con la eucaristía —en la que se conmemora el sacrificio de Jesucristo en la Cruz—; y con la limosna. *Siglo v-xv*: En la Edad Media cristiana hubo dos actitudes: i) la teoría que defiende la separación entre la especie animal y la humana en razón del alma inteligente, merecedores del cielo por sus obras; ii) los animales, aun siendo criaturas de Dios, no tienen alma y no pueden ir al cielo. Así, los animales estarían sometidos al hombre por mandato de Dios. *Siglo xiii*: una relación entre ser humano y animales; como las enseñanzas de san Francisco de Asís y su trato de hermandad con los animales o la crítica al sacrificio hecha por san Agustín[65].

[61] La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, Santa Biblia, Antiguo y Nuevo Testamento, Ciudad del Lago Saldo, 2009, Gén. 1:28. "Dios los bendijo y les dijo: 'Sean fructíferos y háganse muchos y llenen la tierra y sojúzguenla, y tengan en sujeción los peces del mar y las criaturas voladoras de los cielos y toda criatura viviente que se mueve sobre la tierra'".

[62] Ibíd., Gén. 4:4. Cuando Abel sacrificó una oveja y la ofreció a Dios. En la Ley Mosaica se aceptaba el sacrificio de animales sanos, cuya sangre se derramaba en el altar para la obtención del perdón.

[63] Ibíd., Cantares 2:15.

[64] Ibíd., Proverbios 12:10: "El justo está cuidando del alma de su animal doméstico, pero las misericordias de los inicuos son crueles"; Ex 23:4,5: "Si encontraras el toro de tu enemigo, o su asno, descarriado, sin falta has de devolvérselo. Si vieras echado debajo de su carga el asno de alguien que te odia, entonces debes guardarte de dejarlo. Junto con él, sin falta has de librarlo"; De 25:4: "No debes poner bozal al toro mientras está trillando"; y De 22.4: "No debes ver caerse en el camino el asno de tu hermano, o su toro, y retirarte deliberadamente de ellos. Sin falta debes ayudarle a levantarlos".

[65] Morales Muñiz, María Dolores Carmen, "Los animales en el mundo medieval cristiano-occidental: actitud y mentalidad", *Espacio, Tiempo y Forma*, Series I-VII (1998), pp. 307-329.

Budismo	*500 a. C. aprox.*: En los Sermones Medios del Buda, se predica la necesidad de abstenerse de matar seres vivientes y dejar de lado el garrote y la espada, y vivir humilde y bondadoso con todos los seres vivientes[66]. *Siglo III a. C.*: inspirado en la filosofía budista, el emperador Ashoka adoptó decretos para promover el vegetarianismo y no dañar a los animales en todo su imperio (incluidos Nepal, Pakistán y Afganistán, además de la India moderna). Los animales eran considerados iguales y el principio budista de compasión se extendió a todas las criaturas vivientes[67]. Ashoka, tras abrazar el budismo, predicó, a través de sus edictos, el pacifismo, la no violencia y la armonía con la naturaleza. Desde entonces, la no violencia y el pacifismo ocupan un importante lugar en el carácter indio[68]. Buda se opuso también a ganarse la vida mediante el sufrimiento de otros seres, no se puede vivir de una profesión dañina para otros seres, como puede ser cualquier profesión que esté relacionada con la muerte de animales y su comercio[69].
Jainismo	*Siglo VI a. C.*: el jainismo es una religión que no promulga a un ser supremo en el universo. Se basa en el absoluto ascetismo, domina el concepto de *ahimsa* —no violencia—, que justifica el rechazo a la violencia védica del hinduismo en la que se sacrificaban animales como ofrenda a los dioses. Se rige por las siguientes cláusulas: i) ser cuidadoso al caminar. Debe hacerlo descalzo y barrer suavemente el piso para apartar, de su camino, a los insectos que podría matar a su paso; ii) no debe concebir malos pensamientos que podrían herir o dañar a cualquier ser vivo; iii) no debe decir lo que podría perjudicar a alguien; iv) debe tener cuidado en poner abajo sus utensilios a fin de no matar a ningún insecto; y v) debe cubrir su nariz y boca con un velo para que no entre ningún insecto. Adicionalmente, la libertad, se puede obtener a través de méritos tales como cuidar animales[70]. En cuanto al alma, es una sustancia viviente contenida en todas las formas de vida, tanto en los hombres como en los animales o las plantas. Son vegetarianos y tienen casas de reposo para animales enfermos o viejos que son cuidados hasta que mueren de muerte natural. No hay diferencia entre matar un animal y matar a un humano, ambos serían considerados crímenes y, por tanto, condenables[71].

Esta tabla nos permite concluir que la no violencia es un fundamento de varias de las religiones de la India, tanto en el hinduismo como en el jainismo se practica la *ahimsa* —no violencia—. El Yogasūtra —escrituras para la meditación en el hinduismo, el budismo y el jainismo— define al *ahimsa*

[66] García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, cit.

[67] Brels, Sabine, "L'animalite humaine: du constat scientifique aux consequences ethico-juridiques", *Lex Electronica*, vol. 17, n.º 2 (septiembre 2012).

[68] Majid Padar, Abdul, *Política exterior de la India*, Instituto de Indología, Madrid, 2019.

[69] García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, cit., p. 16.

[70] Marín Guzmán, Roberto, "El jainismo: doctrina heterodoxa de la India. Estudio sobre su contribución al desarrollo religioso y cultural de la India", *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, n.º 11 (2001), pp. 145-148.

[71] García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, cit.

como la abstención de ofensa en todas sus formas, en todos los tiempos y hacia todos los seres. Este precepto moral es entendido y aplicado de manera diferente por cada religión. Mientras que para el jainismo implica abstenerse de matar animales e incluso insectos, para el hinduismo hay excepciones que permiten la muerte del animal, tales como el cumplimiento de los deberes del propio Estado, la posición social o el estado de la vida en que cada ser se encuentre, como es el caso del campesino que, en su labor de arar la tierra, herirá o matará insectos y otros animales, rompiendo involuntariamente el precepto de *ahimsa*[72]. Así, cada religión ha ido configurando sus vínculos con el animal de distinta forma. En términos de Bolívar Echeverría, apropiarse de la naturaleza es convertirla en significativa, y por lo tanto otorgar sentido de dignidad a la vida de las personas[73]. Ciertamente, hoy en día los cristianos o los hindúes no tienen la misma empatía con los animales que en la Edad Media. Ha sido necesario interpretar las sagradas escrituras para sustituir el sacrificio por la eucaristía y la limosna en el caso de los cristianos, y las ofrendas florales o frutales en el caso del hinduismo. Si bien la modernidad, el capitalismo y la industrialización han otorgado a los animales un valor de cambio basado únicamente en la calidad de la carne y de sus derivados, las religiones y culturas han hallado nuevas formas de usar un bien, generar nuevas formas objetivas imprevistas de transformarlo, cambiarlo, reinventarlo y desecharlo[74].

La evolución de la relación entre humanos y no humanos se refleja también en el mundo jurídico. El trato que se da a los animales, por ser considerados sagrados, fuente de trabajo, dieta alimenticia o por sus beneficios lúdicos, ha marcado una disputa permanente entre las diferentes religiones y un desafío para la justicia constitucional. Por ejemplo, el enfrentamiento religioso entre hindúes y musulmanes encontró un motivo de lucha más allá de la pugna por los territorios, el de la protección de los animales. Mientras que para los hindúes los bovinos son animales sagrados y animales de trabajo, para los musulmanes son una fuente no solo de trabajo, sino alimento

[72] López Martínez, Mario, "Gandhi, política y Satyagraha", *Ra Ximhai*, vol. 8, n.º 2 (enero-abril de 2012), p. 49.

[73] Echeverría, Bolívar, *Valor de uso y utopía*, Siglo XXI, México, 1998.

[74] Márquez Pulido, Ulises, "Valor de uso y espacio urbano: la ciudad como eje central de la conformación política, cultural y simbólica de las sociedades", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 59, (septiembre-diciembre de 2014), pp. 187-208.

e incluso de sacrificio. Las disputas entre ambas religiones no han cesado de aumentar a partir de la victoria en 2014 del Partido Bharatiya Janata (Partido de los Pueblos Indios o BJP), el mismo que bajo el mando del primer ministro, Narendra Modi, cuestiona el ejercicio de la libertad religiosa y defiende el nacionalismo hinduista[75]. A tal punto ha llegado la intolerancia religiosa que, tomando la justicia por sus propias manos, los ciudadanos hindúes nacionalistas autoproclamados "protectores de las vacas sagradas", han provocado linchamientos e incluso asesinatos en contra de quienes transportan, sacrifican, consumen o venden carne de vaca[76]. Los castigos no provienen únicamente de la sociedad civil, incluso el propio gobierno a través de los diferentes estados federados han establecido sanciones para quienes no profesan respeto a las vacas[77]. Según, Human Rights Watch:

> después de que el gobierno de Bharatiya Janata Party —BJP— llegó al poder en 2014, las exportaciones de buey han disminuido. El gobierno tiene autoridad para promulgar leyes y políticas que restrinjan la compra y venta de ganado, pero al hacerlo, debe evitar el daño desproporcionado a las comunidades minoritarias y garantizar que dichas

---

[75] Luarte Correa, Felipe, "Política y religiones en la India contemporánea", *Humania del Sur*, año 12, n.º 23 (julio-diciembre de 2017), p. 40: "El nacionalismo hindú es una forma militante (y muchas veces violenta) de la ideología hinduista, que aspira a equiparar la identidad nacional india con el hinduismo, en una suerte de supremacía de ésta por sobre las minorías. Los hinduistas promueven la unión de todas las tradiciones religiosas hinduistas y derivadas del dharma hindú (budismo, jainismo y sikhismo) contra las influencias extranjeras, especialmente contra las islámicas, fomentando así la idea de una India entendida como 'Hindustán', es decir, de y para los hindúes, y del derecho de éstos para autogobernarse de acuerdo con la ideología hindú y no con los principios foráneos de la política occidental".

[76] Human Rights Watch, "Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities", 18 de febrero de 2019, en https://www.hrw.org/report/2019/02/18/violent-cow-protection-india/vigilante-groups-attack-minorities#page (consultado el 10 de febrero de 2020): "Desde 2014, varios estados gobernados por el BJP han aprobado leyes más estrictas para prohibir la matanza de vacas y han adoptado políticas de protección de vacas que, según los críticos, son gestos populistas para promover el nacionalismo hindú. Muchas de las nuevas disposiciones legales hacen que el sacrificio de vacas sea una ofensa reconocible, no susceptible de fianza, que pone la carga de la prueba sobre el acusado, en violación del derecho a ser considerado inocente, la cadena perpetua".

[77] Alliance for Justice & Accountability, *Minority rights violations in India*, 2017, p. 36: "En Estados como Haryana, desde 2015, existe la prohibición expresa de sacrificar vacas, y se creó un presupuesto para el financiamiento de los vigilantes de vacas; en Gujarat, sacrificar vacas es delito y conlleva a la sanción pecuniaria más elevada de todo el país; y, en Uttar Pradesh, en marzo de 2017, comenzaron a cerrarse centros de faenamiento de vacas".

> leyes o políticas sean compatibles con el derecho a la subsistencia de todos los indios. Las leyes que prohíben el sacrificio obligan a seguir alimentando y cuidando animales, por lo que muchos simplemente han abandonado a los animales en las calles[78].

Los abusos cometidos por los grupos de protección de vacas que cometen actos de violencia fueron llevados ante la Corte Suprema. En la sentencia Tehseen S. Poonawalla *vs*. Union of India[79], el Tribunal estableció que los vigilantes —ciudadanos con ideología nacionalista— no son la autoridad competente para determinar la existencia de contrabando de ganado o trato cruel a los animales, puesto que existen organismos públicos encargados para sancionar los delitos y faltas contemplados en la ley. Así, los delitos de odio contra otras religiones no deben ser tolerados, porque se formaría un reino de terror[80]. Por lo que es deber del Estado conciliar las diferencias entre religiones. Así, la Corte suprema afirmó:

> El Estado tiene la responsabilidad primordial de fomentar un orden social secular, pluralista y multiculturalista para permitir el libre ejercicio de ideas y creencias y la coexistencia de perspectivas mutuamente contradictorias, por lo que se insta a mantener la unidad entre los conciudadanos que representan diferentes castas, credos y razas, siguen diferentes religiones y utilizan múltiples idiomas […]. la India tiene la sociedad más heterogénea del mundo con una rica herencia donde la Constitución está comprometida con las ideas importantes del secularismo; si surge un problema, debe ser resuelto sobre la base de enfoques humanos y la reconciliación armoniosa de las diferencias[81].

Consecuentemente, a través de una interpretación intercultural, la Corte Suprema puso sobre los hombros del Estado la obligación estatal de prevenir

---

[78] Human Rights Watch, "Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities", cit.

[79] La India, Corte Suprema de Justicia, Tehseen S. Poonawalla *vs*. Union Of India, 17 de julio de 2018.

[80] Ibíd., párrs. 17-parr. 20.

[81] Ibíd., párrs. 23, 27 y 30.

incidentes de violencia, linchamientos y prohibir difusión de material ofensivo[82] para de este modo evitar los conflictos religiosos fundados en el valor ambivalente que puede darse a cada animal.

3.2. La religiosidad como medio para garantizar la proteccion animal

La secularidad fue incorporada en la enmienda constitucional de 1976[83] con la intención jurídica de otorgar protección a los grupos minoritarios religiosos en la India a través del derecho a la libertad de religión[84] y a que cualquier grupo que resida en el territorio de la India tenga derecho a conservar su cultura[85]. Al mismo tiempo, la Carta Magna es el reflejo de la protección a la religión hinduista, jaimista y budista, caracterizadas por el respeto a los animales, sobre todo estas dos últimas, lo que se visibiliza en la obligación que recae sobre el Estado de tomar medidas para prohibir el sacrificio de vacas y terneros y otros animales de tiro y lecheros; y en el deber de todo ciudadano de tener compasión por los seres vivos.

La Constitución de la India, en su artículo 29 numeral 1, establece que cualquier grupo que resida en el territorio, que tenga un idioma, guión o cultura propia, tendrá el derecho a conservarlos. Adicionalmente, el artículo 25 de la Carta Magna señala que todas las personas tienen igual derecho a la libertad de conciencia y el derecho a profesar, practicar y propagar la religión. Ante ello, surge la siguiente interrogante: ¿hasta qué punto la libertad de religión puede justificar el maltrato a los animales? La Corte Suprema, a lo largo de sus diferentes sentencias, se ha pronunciado sobre la necesidad de proteger a los animales fundándose en los preceptos culturales de las diversas religiones de la India. Para ello, se analizarán dos sentencias en concreto, según se muestra a continuación.

---

[82] Ibíd., párrs. 23, 27 y 30.

[83] Silvela Díaz-Criado, Enrique y Vacas Fernández, Félix, *El conflicto de India y Paquistán*, Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos Francisco de Vitoria, Madrid, 2005.

[84] La India, Constitución, art. 25: "Todas las personas están sujetas a la libertad de conciencia y el derecho a la práctica, la propaganda y la religión".

[85] La India, Constitución, art. 29: "Protección de los intereses de las minorías. (1) Cualquier grupo de los ciudadanos que residan en el territorio de la India o en cualquier parte del mismo que tenga un idioma, guión o cultura propia, tendrá el derecho de conservar la misma".

3.2.1 Sentencia Quareshi de 1958 sobre la prohibición absoluta de matar ganado bovino

Para el año 1958, con el fin de limitar el sacrificio de bovinos, por ejemplo, el que realizaban los musulmanes como ofrenda a Alá, entraron en vigencia tres leyes en los estados de Bihar, Uttar Pradesh y Madhya Pradesh —estados con mayoría hinduista—, que prohibían totalmente la matanza de todas las categorías de animales, de la especie de ganado bovino con base en el art. 48 de la Constitución que establece el siguiente principio: "El Estado se esforzará por organizar la agricultura y la cría de animales en líneas modernas y científicas y, en particular, tomará medidas para preservar y mejorar las razas y *prohibir la matanza de vacas y terneros y otro ganado lechero y de tiro*" (énfasis añadido).

La demanda fue presentada por carniceros, curtidores, comerciantes de tripas, curanderos y comerciantes de ganado musulmanes, que alegaban que dichas leyes, a más de violar el derecho al trabajo, impedían a los musulmanes realizar el sacrificio de vacas, como era la costumbre, durante la celebración del de Bakir[86]. Según cifras, en 2015, el Bakir llevó al sacrificio de 123 179 ovejas y 6069 bovinos[87].

En la sentencia, respecto a la libertad de religión, la Corte Suprema afirmó:

> Cada persona tiene un derecho fundamental en virtud de nuestra Constitución no solo para considerar las creencias religiosas que puedan ser aprobadas por su juicio o conciencia, sino para exhibir su creencia e ideas en actos tan abiertos como son. El libre ejercicio de la religión está sujeto a la regulación estatal impuesta para garantizar el orden, la salud pública y la moral de las personas. El sacrificio del Islam impuesto por el Sagrado Corán, y practicada por todos los musulmanes desde tiempos inmemoriales y reconocida como tal en la India [...] en el Libro XLIII de Hedaya, consta que es deber de todo Musulmán libre, llegado a la edad de madurez, ofrecer un sacrificio en el festival del sacrificio, el sacrificio es de una cabra por persona y una vaca o un camello por cada siete personas. Por lo tanto, es opcional que un musulmán sacrifique una cabra por una persona o

---

[86] Tradición islámica que implica que cada familia sacrifique un animal de cualquier tipo o que un máximo de siete familias se asocien para sacrificar un ternero o una vaca.

[87] Aïd-el-Kébir, *Modalités d'organisation et d'encadrement de l'abattage: Guide Pratique*, cit.

> una vaca o un camello por siete personas. No parece ser obligatorio que una persona deba sacrificar una vaca. Por lo tanto, no se trata de un deber obligatorio.

Así, para la Corte Suprema no hay violación a la libertad de religión porque la prohibición de matanza de vacas no impide que los musulmanes puedan seguir practicando el sacrificio de otros animales. Por otra parte, se puso en evidencia la necesidad de proteger una práctica religiosa, es decir, el amor que tienen los hinduistas por las vacas desde épocas védicas:

> En épocas védicas, las vacas eran sacrificadas, pero gradualmente fueron adquiriendo la calidad de Santidad especial y fue llamada "Aghnya" —no sacrificada—. El verso 29 del Himno 1 en el Libro X. de Atharva Veda prohíbe el sacrificio de vacas con las siguientes palabras:
>
> "29. La matanza de un inocente, oh Kritya, es una acción terrible, no mates a una vaca, a un caballo o a un hombre nuestro". El himno 10 en el mismo libro es una glorificación gloriosa de la vaca: "30. La vaca es el cielo, la vaca es la Tierra, la vaca es Vishnu, el Señor de la vida, los sadhyas y los vasus han bebido los derrames de la vaca". 34. "Tanto los dioses como los hombres mortales dependen de la vida y de la vaca. Ella se ha convertido en este universo…en los tiempos de 'el [*sic*] Rg. Veda —himnos vedas— solo las vacas estériles, si acaso, fueron sacrificadas para el sacrificio o la carne y las vacas que dan leche no se consideraron aptas para ser matadas […] No se puede negar el hecho de que los hindúes, en general, respetan a la vaca con gran reverencia y la idea de la matanza de vacas por comida es repugnante para sus nociones y este sentimiento en el pasado incluso ha llevado a disturbios comunitarios. También es un hecho que la agitación contra la matanza de vacas se ha intensificado aún más. Si bien estamos de acuerdo en que la cuestión constitucional que tenemos ante nosotros no puede decidirse por mero sentimiento, por muy apasionada que sea, nosotros, sin embargo, creemos que debe tomarse en consideración, aunque solo sea uno de los muchos elementos, para llegar a Un veredicto judicial sobre la razonabilidad de las restricciones".

Consecuentemente, la Corte Suprema, amparada en el principio constitucional de prohibición de matar vacas, terneros y otros animales lecheros y de tiro, aceptó prohibir la matanza de búfalos, toros reproductores y bueyes, siempre y cuando estos sean útiles para el ser humano en sus labores del campo y de reproducción de leche. Así, una vez llegada la vejez o enfermedad de estos animales, dejan de ser útiles; los otros y bueyes pueden ser sacrificados, lo que nos lleva a establecer que la protección del animal depende de la utilidad que este pueda tener y el sentido sagrado para cada religión. Adicionalmente, la alta corte toma en cuenta el respeto hindú por las vacas afirmando que este animal no puede ser sacrificado aun cuando ya no sea útil. En el mismo sentido decidió la Corte Suprema en la sentencia Bengala Occidental State and others *v.* Ashutosh Lahiri and others, (1995) sobre que:

> no existía un derecho fundamental de los musulmanes a insistir en la matanza de vacas sanas con motivo de BakrI'd. Mientras que la matanza de vacas en BakrI'd no es esencial ni necesariamente requerida como parte de la ceremonia religiosa, es de conocimiento general que los hindúes adoran a las vacas y su progenie, es decir, a los toros, terneros y terneros en días específicos durante Diwali y otros festivales como Makr-Sankranti y Gopashtmi. Un buen número de templos se encuentran donde la estatua de "Nandi" o "Bull" es regularmente adorada[88].

Por lo expuesto, la Corte Suprema, ante la dificultad de entender a los animales sagrados, como la vaca, y no sagrados cuando se trata de sacrificios, debe balancear su decisión para mediar entre la población hindú y la musulmana de una forma inteligente, de tal forma que la coexistencia sea posible. De esta forma, la Corte realiza una ponderación religiosa, en la que prefiere mantener la protección sacra de la vaca, con limitaciones a la población musulmana, con el fin de no causar un conflicto mayor interreligioso. Ciertamente, entrar en conflicto con "lo sagrado" de una cultura, representaría afectar una noción de dignidad de una población y levantaría un conflicto jurídico-político mayor. El actuar de la Corte Suprema evidencia un compromiso de mediación en los conflictos interculturales; sus pronunciamientos ponen en evidencia que

---

[88] Sentencia State of Gujarat *vs.* Mirzapur Moti Kureshi Kassab de 26 de octubre de 2005.

por un lado se protege a los animales considerados sagrados para los hindúes, pero al mismo tiempo se protegen otros derechos: i) libertad de religión para que los musulmanes puedan sacrificar animales que no sean considerados sagrados; ii) el derecho al trabajo de quienes se dedican al comercio de carne; iii) el derecho a la alimentación de los grupos más pobres porque la alta corte nos recuerda que el consumo de carne de vacuno no es simplemente una cuestión de lujo, sino una cuestión de necesidad para los más pobres, que no pueden pagar por carne de cabra o cordero, que es más costosa que la de res[89].

Esta decisión dio paso a que se continúen celebrando sacrificios —salvo de los animales expresamente prohibidos por la Constitución, como vacas, terneros y ganado útil—, lo que provocó que en 2015 la ONG People for Animals exija a la Corte Suprema que se controle el transporte transfronterizo ilegal de animales de la India a Nepal, país en el que los musulmanes celebran el sacrificio de animales, durante el festival Gadhimai[90]. La ONG argumentó que en una sociedad moderna y civilizada no se puede seguir sancionando la muerte de animales en nombre de la religión. La alta corte, en la sentencia Gauri Maulekhi *v*. Union of India, ratificó la prohibición de transportar animales de forma ilegal, aduciendo que el Festival Gadhimai es degradante y cruel; y que no se debe aplicar un trato tan brutal a los animales, que en un 70%, provienen de la India[91]. Adicionalmente, ordenó a los gobiernos estatales que constituyan sociedades para la prevención de crueldad animal en todos los distritos del Estado, y que los gobiernos estatales involucrados constitu-

---

[89] La India, Corte Suprema, Mohd. Hanif Quareshi & Others *vs*. The State of Bihar, 23 de abril de 1958.

[90] Según señala Jones: "Cada cinco años en el mes de noviembre, la ciudad de Bariyarpur —Nepal—, acoge el mayor sacrificio de animales del mundo, se remonta a unos 265 años atrás, cuando el fundador del templo de Gadhimai, Bhagwan Chowdhary tuvo el sueño de que la diosa Gadhimai quería sangre a cambio de liberarlo de la prisión, protegerlo del mal y prometer prosperidad y poder. La diosa pidió un sacrificio humano, pero Chowdhary ofreció el sacrificio de cinco animales en su lugar". Jones Robert C., "Animal rights is a social justice issue", *Contemporany Justice Review*, (20 de september de 2014), p. 9: "Cada cinco años en el mes de noviembre, la ciudad de Bariyarpur-Nepal-, acoge el mayor sacrificio de animales del mundo, se remonta a unos 265 años atrás, cuando el fundador del templo de Gadhimai, Bhagwan Chowdhary, tuvo el sueño de que la diosa Gadhimai quería sangre a cambio de liberarlo de la prisión, protegerlo del mal y prometer prosperidad y poder. La diosa pidió un sacrificio humano, pero Chowdhary ofreció el sacrificio de cinco animales en su lugar".

[91] Gautam, Manoj, "Supreme Court of India Intervenes to Save Thousands of Animals from Nepal's Brutal Gadhimai Festival Sacrifice", *Revista Virtual Humane Society International*, (20 de octubre de 2014).

yan juntas estatales de bienestar animal para supervisar y coordinar que no se efectúe el tráfico de animales.

Las creencias religiosas han ido evolucionando conjuntamente con el derecho, por ejemplo, en Nepal —país vecino de la India— en el año 2015, los representantes del Gadhimai Temple Trust declararon la finalización de sacrificios de animales —que en su mayoría son importados ilegalmente de la India— e instaron a que la celebración se dé sin el derramamiento de sangre, tras largas negociaciones con ONG, tales como Animal Welfare Network Nepal, People for Animals y Humane Society International. Esto da cuenta de que las prácticas culturales no son estáticas, puesto que van modificándose con el tiempo. De esta forma, los derechos culturales no pretenden el mantenimiento de una práctica, sino un desarrollo paulatino de estas de acuerdo con su propia dinámica y relación intercultural. Cabe notar que la prohibición del sacrificio de animales dentro del templo musulmán en Nepal es una solución parcial, puesto que no impide que se continúen realizando sacrificios en los exteriores del templo. De continuar el sacrificio, persistirá el transporte de animales criados en la India para posteriormente sacrificarlos en el festival de Nepal.

Cabe señalar que, para el año 1958, la jurisprudencia de la India otorga un trato diferenciado entre animales sagrados —que no pueden ser sacrificados bajo ninguna razón—y animales no sagrados —ovejas, cerdos, etc.—, los cuales, a pesar de pertenecer al grupo de seres sintientes, pueden ser sacrificados. Así, estamos frente a una sociología de las emergencias, ya que se evidencia que la alta corte trata de conciliar entre: i) la protección a las creencias hindúes sobre la vaca sacra y ii) el respeto a la tradición musulmana del sacrificio animal.

3.2.2. Sentencia del Jallikattu sobre la prohibición de matar animales que son usados en espectáculos hindúes

Previo a analizar esta sentencia, hay que contextualizar los antecedentes factuales. Bajo el hinduismo, el toro no significa únicamente el transporte del dios Shiva, sino también un socio clave en el proceso de la agricultura. Los nexos entre animal y campesino se evidencian en el Thai Pongal —el Festival de la Cosecha—, que se lleva a cabo en los estados indios de Tamil Nadu y en Andhra Pradesh. Durante el tercer día de festival, vacas y búfalos son pintados, adornados con flores y alimentados con arroz antes de pasearlos como símbolo de agradecimiento por su ayuda en las labores del campo y por sus

productos lácteos. Por otra parte, en homenaje al toro, se realiza el espectáculo del Jallikattu, que data de hace mas de 400 años, el cual consiste en abrazar la joroba del toro y mantenerse sobre el animal el mayor tiempo posible. Jallikattu simboliza la posibilidad de preservar especies fuertes, puesto que los animales más bravos del espectáculo son utilizados como sementales[92]. Otro espectáculo que se practica en el hinduismo es el *bullock-cart race* —carrera de carretas de bueyes—. En el estado de Maharashtra, cada año, después de las celebraciones del festival Ganesh Chaturthi —en homenaje al hijo de Shiva, Ganesh—, se organizan carreras de carretas de bueyes a fin de identificar los especímenes más fuertes para la preservación de las especies nativas, así como en el mantenimiento de la pureza de sus razas y su salud[93].

La Corte Suprema ya ha pronunciado su parecer respecto al *jallikattu* y el *bullock-cart race* practicados por los hindúes. En la sentencia Animal Welfare Board Of India *vs*. A. Nagaraja & Ors de 7 de mayo de 2014, se resolvió la demanda presentada por la Junta de Bienestar Animal de la India (AWBI), organismo consultivo estatal. La pretensión era la derogación de la Tamil Nadu Regulation of Jallikattu Act (TNRJ), de 2009, por violar la obligación ciudadana de tener compasión por los seres vivos y la Ley de Prevención de la Crueldad a los Animales —Ley PCA[94]—, que establece la prohibición de cualquier acto que inflija dolor o sufrimiento innecesario a un animal. Como prueba de la crueldad, la AWBI presentó una investigación exhaustiva que evidencia los vejámenes a los que se somete al animal, incluido el hacinamiento, tortura y lesiones[95]. Por su parte, el estado de Tamil Nadu, en defensa del mantenimiento de estos espectáculos, señaló que los animales están específicamente criados con el propósito de que puedan participar en dicho evento deportivo y los propietarios de los toros gastan una cantidad considerable de dinero en entrenamiento y mantenimiento de los toros[96].

Para resolver este litigio, la Corte estableció como parámetro el respeto ineludible a la cultura, siempre que esta no propenda al maltrato animal. Una

---

[92] Vivek Surendran, "All you need to know about Jallikattu", *India Today*, 19 de enero de 2017.

[93] Malik, Faisal, *Maharashtra Assembly clears way for bullock-cart race*, *Industantimes*, 6 de abril de 2017.

[94] La India, Congreso Nacional, Ley de protección contra el maltrato animal (Ley PCA, Sección 11 (1) (a): "La prohibición de cualquier acto que inflija dolor o sufrimiento innecesario a un animal".

[95] Ibíd., párr 9.

[96] Ibíd. párr 6.

postura que nuevamente evidencia una hermenéutica e interpretación conforme a los derechos de la naturaleza tal como lo establece su propia línea jurisprudencial. Así, la alta corte afirma que es incorrecto que la Ley TNRJ de 2009, que permite espectáculos de crueldad, se justifique en la necesidad de preservar la cultura y tradición antiguas. Contrario a lo que expresa el legislador en esta ley, la Corte Suprema afirma:

> La cultura y tradición antiguas no apoyan la conducta de Jallikattu o la carrera de carretas Bullock, en la forma en que se llevan a cabo en la actualidad. El bienestar del toro es cultura y tradición tamil, no aprueban infligir dolor o sufrimiento a los toros, por otro lado, la tradición y la cultura tamil son adorar al toro y el toro siempre se considera como el vehículo del Señor Shiva. Yeru Thazhuvu, en la tradición tamil, es abrazar toros y no dominar al toro para mostrar la valentía humana. Jallikattu significa, monedas de plata o de oro atadas a los cuernos de toros y en los viejos tiempos, aquellos que consiguen el dinero para los cuernos de toros se casarían con la hija del dueño. Jallikattu o la carrera de carros de bueyes, como se practica ahora, nunca ha sido la tradición o cultura de Tamil Nadu[97].

Adicionalmente, la Corte Suprema afirma que una ley sobre bienestar animal como la Ley de PCA debe primar sobre una ley que alienta la crueldad, como la TNRJ. Para la alta corte, la cultura debe evolucionar y junto con ella el derecho también debe hacerlo:

> Las carreras de carros Jallikattu y Bullock, la forma en que se llevan a cabo, no tienen ningún apoyo a la tradición o cultura tamil. Suponiendo que ha estado en boga durante bastante tiempo, en nuestra opinión, lo mismo debería dar paso a la legislación de bienestar, como la Ley de PCA que se ha promulgado para evitar infligir dolor o sufrimiento innecesarios a los animales y conferirles deberes y obligaciones. Responsables de animales. En los últimos tiempos, hay algunos intentos en ciertos lugares para obtener los máximos beneficios y los animales están siendo explotados por los seres humanos mediante el

[97] La India, Corte Suprema, Animal Welfare Board of India *vs.* A. Nagaraja & Ors, 7 de mayo de 2014.

> uso de métodos coercitivos e infligiendo un dolor innecesario para el placer, la diversión y el disfrute. Tenemos una historia de eliminar tales prácticas malvadas en la sociedad, asumiendo que tales prácticas cuentan con el apoyo de la cultura y la tradición, como se intentó proyectar en la Ley TNRJ.

Finalmente, a fin de reafirmar la idea de la necesaria evolución de la cultura, la Corte Suprema hizo alusión a la sentencia N. Adithayan *v*. Thravancore Dewaswom Board y otros de 2002, en la que el máximo Tribunal de la India afirmó:

> Cualquier costumbre o uso, independientemente de cualquier prueba de su existencia en días preconstitucionales, no puede considerarse como una fuente de derecho para reclamar ningún derecho cuando se considere que viola los derechos humanos, la dignidad, la igualdad social y el mandato específico de la Constitución y Legislación del Parlamento. Los tribunales del país no pueden aceptar o mantener ningún uso que se considere pernicioso y se considere que esté en derogación de la ley de la tierra o que se oponga a la política pública o la decencia social[98].

Vemos que la Corte Suprema hace alusión a la ley de la tierra, concepto que ha sido desarrollado por Thomas Berry y más tarde por Cormac Cullinan bajo el nombre de *earth jurisprudence*, definida como la filosofía del derecho y la regulación que reconoce de manera formal la relación recíproca entre los seres humanos y el resto de la naturaleza, la cual se basa en la idea de que los humanos son solo una parte de una comunidad más amplia de seres y que el bienestar de cada miembro de esa comunidad depende del bienestar de la Tierra en su conjunto[99]. Esta filosofía ecocéntrica se hace visible a lo largo de la sentencia, por ejemplo, en el análisis de las sagradas escrituras hindúes del año 1500-600 a.C. *Isha-Upanishads*:

---

[98] La India, N. Adithayan *vs*. The Travancore Devaswom Board &, 3 de octubre de 2002.

[99] Burdon, Peter, *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, South Australia, 2011, p. 13.

> El universo junto con sus criaturas pertenece a la tierra. Ninguna criatura es superior a ninguna otra. Los seres humanos no deben estar por encima de la naturaleza. Que ninguna especie invade los derechos y privilegios de otras especies [...]. Desde nuestro punto de vista, esta es la cultura y tradición del país, particularmente los estados de Tamil Nadu y Maharashtra.

Así, la Corte Suprema concluye sobre la necesidad de obligar al Estado y a los ciudadanos indios a que cumplan la Ley PCA, la misma que debe ser leída a la luz de la obligación constitucional que pesa sobre los hombros de los ciudadanos indios de practicar la compasión animal. La importancia de la religión como parámetro para alcanzar la protección animal se ratifica en la sentencia de 4 de julio 2018, Narayan Dutt Bhatt vs. Union of India & others, en la que la Corte Suprema se pronunció sobre la personalidad jurídica de las deidades, tal como lo hizo previamente en las sentencias en las que se reconoció a los ríos Ganges y Yamuna[100] y a los glaciales Gangotri y Yamunotri[101] como sujetos de derechos. El alto tribunal expresó que:

> Un ídolo hindú se basa en las costumbres religiosas de los hindúes, y el mismo ha sido reconocido como "entidad jurídica" por los tribunales de justicia. Tiene un estatus jurídico con capacidad de demandar y ser demandado. Sus intereses son atendidos por la persona que tiene la deidad a su cargo y quien es legalmente su administrador con todos los poderes que, en tales circunstancias, por analogía, se le darán al administrador de la herencia de un menor de edad[102].

Uno de los principales esfuerzos realizados por la Corte Suprema de la India, desde una perspectiva intercultural, es que para pronunciarse a favor de la protección animal hace un estudio profundo sobre los textos religiosos

---

[100] La India, The High Court of Uttarakhand at Nainital, Mohd. Salim *vs*. State of Uttarakhand & others, 20 de marzo de 2017.

[101] La India, The High Court of Uttarakhand at Nainital, Lalit Miglani vs State of Uttarakhand & others, 30 de marzo de 2017.

[102] La India, Corte Suprema, Pramatha Nath Mullick *vs*. Pradyumna Kumar Mullick, 28 de abril de 1925 y Yogendra Nath Naskar *vs*. Commissioner Of Income-Tax, 18 de febrero de 1969.

y los mitos, que dan cuenta del valor de la compasión humana y el lugar de la religión al promover el respeto a la vida en todas sus formas.

> Sería pertinente en esta etapa hacer referencia al libro *Animales sagrados de la India*, escrito por Nanditha Krishna. Ella ha introducido a cada animal con los mitos y leyendas que establecen su estatus religioso, seguido de una breve nota sobre el papel ecológico o social del animal, que lo hizo importante en la vida de las personas: 1) Buddha enfatizó la importancia de abstenerse de actividades que causen daño a otros seres vivos. El Boddhisattva —persona que está en el camino hacia la budeidad— está lleno de maitri (amistad) hacia todos los animales. Dijo el Buda: "Como una madre sería muy buena con su único hijo, su hijo bien amado", usted también debería ser muy bueno con todas las criaturas en cualquier lugar y con todos (Dwivedi, 1989). Los cuentos de Jataka —literatura sobre los nacimientos anteriores de Gautama Buddha en forma humana y animal— sostienen las nobles cualidades de varios animales como ejemplos para emular. 2) La vaca ocupa un lugar especial en la cultura hindú. Ella simboliza el dharma, la Ley de Justicia. 3) el jainismo predica el "ahimsa". Los jainistas evitan incluso la miel, ya que implica violencia hacia las abejas. Según Mahavira —líder jainista—, matar a cualquier ser vivo equivale a matarse a uno mismo. La compasión por los demás es compasión por uno mismo. Por lo tanto, uno debe evitar la violencia como el veneno y la espina. 4) Los Dalai Lama han dicho que el daño ambiental a menudo es gradual y no es fácil de detectar, y cuando nos damos cuenta, generalmente es demasiado tarde. Su Santidad también dijo: "Las madres en la sociedad son los primeros lamas o gurús de la compasión; Nuestros lamas espirituales vienen más tarde en la vida. Nuestras madres nos enseñan el poder y el valor de la compasión desde nuestro nacimiento"[103].

Por lo expuesto, se colige que las decisiones de la Corte Suprema rebasan el análisis de las fuentes del derecho tradicionales, para recurrir a fuentes

[103] La India, Corte Suprema, Animal Welfare Board Of India vs. A. Nagaraja & Ors, cit., párrs. 87 y 88.

primigenias como las sagradas escrituras tales como el Isha Upanishad, escrituras de Buda, reglas del Dalai Lama o enseñanzas de Mahavira. Efectivamente, se trata de una interpretación intercultural de derechos reconocidos en la Constitución que son leídos y entendidos a la luz de la filosofía de las diversas religiones.

3.3. El valor intrinseco de los animales fundado en las filosofias religiosas

En esta última parte nos centraremos en el análisis de un deber ciudadano establecido en la Constitución de la India, que ha sido posteriormente analizado e interpretado por la Corte Suprema. El artículo 51A (g) de la Constitución establece el deber fundamental que tienen los seres humanos de tener compasión con cada criatura viviente. Para la Corte Suprema, esta disposición fue incluida en la enmienda constitucional 42 de 1976 por la siguiente razón:

> Al promulgar la cláusula (g) en el Artículo 51-A y otorgarle el estatus de un deber fundamental, uno de los objetivos que el Parlamento pretende lograr es garantizar que el espíritu y el mensaje de los Artículos 48 y 48A se consideren deberes fundamentales de cada ciudadano. El Parlamento aprovechó la oportunidad la enmienda de 1976, para mejorar el contenido de los artículos 48 y 48-A. Mientras que el Artículo 48-A habla de "ambiente", el Artículo 51-A (g) emplea la expresión "ambiente natural" e incluye en ella "bosques, lagos, ríos y vida silvestre". Mientras que el artículo 48 prevé "vacas y terneros y otros animales lecheros y de tiro", el Artículo 51-A (g) lo impone como un deber fundamental de todo ciudadano "tener compasión por las criaturas vivas", que en su pliegue más amplio abarca la categoría del ganado mencionado específicamente en el artículo 48[104].

La Corte Suprema sostiene que el deber de tener compasión por todos los seres vivos es un deber no solo de los ciudadanos, sino también del Estado. En la sentencia State of Gujarat *vs.* Mirzapur Moti Kureshi Kassab de 26 de octubre de 2005, la alta corte aclaró que en 1958, cuando se interpretó que el art. 48 de la Constitución solo era un principio que no podía ser invocable ante los tribunales, los magistrados no contaban con la posibilidad de interpretar

[104] La India, Corte Suprema, State of Gujarat *vs.* Mirzapur Moti Kureshi Kassab.

dicho artículo a la luz del artículo 51-A (g). Fue necesario esperar la sentencia Guajarat *vs*. Mirzapur Moti Kureshi Kassab para que la Corte Suprema desarrollara el contenido del deber de compasión:

> Oxford Advanced Learner's Dictionary define la compasión como "un fuerte sentimiento de simpatía por aquellos que sufren y un deseo de ayudarlos". Según el Diccionario del siglo XX de Chambers, la compasión es "sentimiento de compañerismo o pena por los sufrimientos de otro: lástima". La compasión sugiere sentimientos, un sentimiento dulce, emociones que surgen de la simpatía, la compasión y la bondad. El concepto de compasión por los seres vivos consagrados en el Artículo 51A (g) se basa en el trasfondo del rico patrimonio cultural de la India, la tierra de Mahatma Gandhi, Vinobha, Mahaveer, Buda, Nanak y otros. Ninguna religión o libro sagrado en ninguna parte del mundo enseña o alienta la crueldad. La sociedad india es una sociedad pluralista. Tiene unidad en la diversidad. Las religiones, las culturas y las personas pueden ser diversas, pero todas hablan con una sola voz de que la crueldad hacia cualquier criatura viviente debe ser frenada y cesada. Un ganado que ha servido a los seres humanos tiene derecho a la compasión en su vejez cuando ha dejado de ser lechera o de tiro y se convierte en lo que se denomina "inútil". Será un acto de ingratitud reprensible condenar a un ganado en su vejez como inútil y enviarlo a un matadero que le quitará el poco tiempo de su vida natural que habría vivido, olvidando su servicio durante la mayor parte de su vida. Tenemos que recordar: los débiles y mansos necesitan más protección y compasión[105].

La sentencia Guajarat de 2005 pone en evidencia que la Corte Suprema, tomando en cuenta el contexto político-cultural y la diversidad religiosa existente en la India, establece la necesidad de proteger a seres sensibles que sufren y sienten, bajo una nueva lógica en la que se deja de ver al animal como un simple objeto de apropiación y explotación, para verlo como un igual, un ser vivo merecedor de respeto, quien, a pesar de no tener un grado de racionalidad comparable a la del ser humano, es capaz de sentir y reaccionar frente a las

[105] La India, Corte Suprema, State Of Gujarat *vs*. Mirzapur Moti Kureshi Kassab.

acciones o emisiones que perpetúan las personas. Adicionalmente, la Corte suprema nos insta a poner en práctica valores como la gratitud hacia quienes contribuyen permanentemente a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Cabe notar que esta no ha sido la única sentencia en la que se han establecido los principios que deben ponerse en práctica para garantizar la protección animal. Efectivamente, en el año 2014, en la sentencia Animal Welfare Board Of India *vs*. A. Nagaraja & Ors —sentencia del Jallikattu—, se desarrolló la idea de garantizar derechos a favor del animal a través del establecimiento de deberes para el ser humano. A lo largo de la sentencia, la Corte Suprema establece los principios que deben regir la nueva relación jurídica entre ser humano-animal, entre ellos el *principio del mejor interés para las especies*, el mismo que está sujeto a una sola excepción, la necesidad humana. Para desarrollar el alcance de este principio y su consecuente vulneración durante el espectáculo de Jallikattu y *Bullock-cart*, la alta corte recurre a los avances de la ciencia o lo que la Constitución de la India denomina *scientific temper*, que insta a la aceptación de nuevas instituciones y personas jurídicas frente a la aparición de evidencias científicas; por ejemplo, frente a nuevos argumentos que justifiquen el cambio de relación entre ser humano-animal. Así, en la sentencia sobre el Jallikattu, la alta corte recurre a la etología[106] para sostener que los toros adoptan la huida o la respuesta de lucha, cuando están asustados o amenazados. Durante el Jallikattu, se observa que muchos animales intentan huir de la arena cuando experimentan miedo o dolor, pero no pueden hacerlo, ya que el área está completamente cerrada. El Jallikattu demuestra un vínculo entre las acciones de los humanos y el miedo, la angustia y el dolor que experimentan los toros[107].

La Corte Suprema se fundamenta en la ciencia para afirmar que el toro, lejos de ser un animal de furia preparado para el ruedo, es un animal manso que intenta escapar del acoso de los organizadores y espectadores, y que se convierte en un animal agresivo por instinto de sobrevivencia. Por ello, la alta corte reafirma que los toros no son animales de "espectáculo", porque no están diseñados anatómicamente para ello.

---

106 Perinat, Adolfo, "Contribuciones de la etologia al estudio del desarrollo humano y socialización", *El Basilisco*, n.º 11 (1980), p. 27: "La etología es el estudio biológico del comportamiento". En su versión clásica, se sobreentiende comportamiento animal.

107 La India, Corte Suprema, Animal Welfare Board Of India *vs*. A. Nagaraja & Ors, cit., párr. 15

Siguiendo la misma línea, la Corte Suprema hace un recorrido por la normativa internacional y el derecho comparado para reconocer que bajo el principio de prevención de la crueldad a los animales, la ley PCA es una legislación ecocéntrica, promulgada para garantizar el bienestar de los animales y para evitar dolores o molestias innecesarias Así, dicha ley no solo impone deberes a los seres humanos, sino que también confiere los siguientes derechos a favor del animal:

- *Derecho al honor y dignidad*: de los que no se puede privar arbitrariamente al animal y sus derechos y privacidad deben respetarse y protegerse contra ataques ilegales.
- *Derecho a la libertad del animal*: bajo los preceptos establecidos por la OIE (World Organisation for Animal Health), es decir: i) libertad de hambre, sed y desnutrición; ii) libertad del miedo y la angustia; iii) libertad de molestias físicas y térmicas; iv) libertad de dolor, lesión y enfermedad; y v) libertad para expresar patrones normales de comportamiento.
- *Derecho a la compasión*: con base en el artículo 51A (g), es un deber fundamental de todo ciudadano "tener compasión por los seres vivos", que significa preocupación por el sufrimiento, la simpatía, la bondad, etc.
- *Derecho a la vida*: Toda especie tiene derecho a la vida y la seguridad. El artículo 21 de la Constitución, al tiempo que salvaguarda los derechos humanos, protege la vida en su definición ampliada que incluye todas las formas de vida, incluida la vida animal, que son necesarias para el desarrollo humano. "Vida" significa algo más que la mera supervivencia o existencia o valor instrumental para los seres humanos, pero para llevar una vida con algún valor intrínseco, honor y dignidad.

Consecuentemente, los deberes que recaen sobre un ser humano confieren al mismo tiempo derechos a favor de otro sujeto que no es el obligado sino el beneficiario de los derechos: los animales. La correlación entre derecho-deber sufre una bifurcación para aceptar que el derecho le pertenece a uno y el deber a otro; y, que la única limitación a ese derecho es la necesidad humana[108]. Más

[108] Ibíd., párr. 12.

meritorio aun, es que la Corte Suprema reconoce el derecho a la dignidad a favor de los animales. Efectivamente, la dignidad se reconfigura y resignifica, ya no solo como un principio humano, sino como uno universal que incluye la vida sin sufrimientos innecesarios de los animales, los cuales se encuentran en una situación de inferioridad respecto de las personas.

Estos argumentos llevaron a que la Corte Suprema prohíba el Jallikattu *y bullock-cart race* en los dos estados demandados; no obstante, dicha prohibición encendió el debate entre ciertos grupos de la sociedad civil que consideraron que la sentencia de la Corte Suprema viola el derecho a la cultura, lo que ha conllevado a que, por ejemplo, el estado de Maharashtra —sede del *bullock-cart race*—, realice un proyecto de ley que permite la realización de dicho espectáculo con la condición de que a la par se creen sanciones para quienes causen dolor o sufrimiento al animal que protagoniza el espectáculo[109]. Inclusive, el Ministerio de Medio Ambiente, Bosques y Cambio Climático (MoEFCC) emitió una orden el 7 de enero de 2016, para la realización de espectáculos tradicionales como el *jallikattu y bullock-cart race*, siempre que estas cuenten con la autorización y control del gobierno local, a fin de salvaguardar el derecho a la cultura y los derechos de los animales[110].

Conclusiones

El desarrollo jurisprudencial en la India se ha fundamentado en una interpretación intercultural encaminada al establecimiento de reglas jurídicas que promueven una convivencia pacífica entre culturas plurirreligiosas a través del reconocimiento de los derechos de los animales, especialmente los considerados sagrados. Estamos frente a una epistemología de las emergencias, puesto que la Corte Suprema visibiliza una problemática del derecho clásico —la cosificación del animal para disponer de este como mejor quisiese el ser humano—, y frente a ello propone varias alternativas —el respeto por el animal.

Para Raj Panjwani, activista de derechos animales en la India, "la prevención de la crueldad hacia los animales puede hacerse a través de dos maneras,

---

[109] Malik, Faisal, "Maharashtra Assembly clears way for bullock-cart race", *Hindustantimes*, Mumbai, 6 de abril de 2017.

[110] Sharma, Bhumika y Sharma, Priyanka, "Rights of animals at practice in India", *Journal on Contemporary Issues of Law*, vol. 3 n.º 7 (agosto de 2017), pp. 1-23.

la evolución de la moral y los medios legales, la Corte Suprema ha traducido el sentimiento de la sociedad en una norma"[111]. Efectivamente, ante una serie de demandas judiciales presentadas, por un lado, por ciudadanos indios que reclaman el respeto a sus respectivas religiones, y, por otro lado, por activistas y defensores de los derechos de los animales, la Corte Suprema de la India ha optado por interpretar los derechos culturales a la luz de los derechos de la naturaleza. Sin entrar en abierta contradicción con los derechos culturales, la alta corte resignificó las relaciones no antropocéntricas entre los seres humanos y los animales. Por lo tanto, estamos frente a un poder judicial que complejiza los derechos culturales y los interpreta a la luz de un principio constitucional —el mejor interés de las especies—. Esto evidencia una postura ecocéntrica que se acerca a una ecología humanista e intercultural, donde el centro deja de ser el ser humano y da paso a una nueva relacionalidad y racionalidad entre la naturaleza, la humanidad y la cultura, que deben construir sociedades compasivas y fraternas para evitar sufrimiento innecesario del animal.

La Corte Suprema de la India, en un intento por alcanzar un diálogo entre culturas religiosas, propone tres parámetros para introducir la protección animal en el derecho: i) a través de los fundamentos éticos de las diversas culturas religiosas de la India, los mismos que instan a sus fieles a practicar la compasión y el respeto por los animales; ii) el utilitarismo, bajo el cual los ciudadanos son conscientes de la necesidad de otorgar protección al animal, porque este último es considerado parte de la cotidianeidad y de la cultura de la India —trabajo, transporte, ocio, alimento, etc.—, y iii) reconociendo el valor intrínseco que posee el animal por su capacidad de sentir dolor y felicidad, lo que ha conllevado a otorgarle la calidad de sujeto titular de derechos específicos —derecho a no tener hambre, sed, frío, etc.

Por otro lado, en Ecuador, pese a tener un marco normativo constitucional y legal de los derechos de la naturaleza que incluye los derechos de los animales, la protección se reduce a sancionar punitivamente a las personas que agreden a un animal en riesgo o peligro de extinción. La falta de contextualización

[111] "Uttarakhand HC order declaring animals as legal entities reflects cultural progress: experts", *DownToEarth*, 6 de julio de 2018, en https://www.downtoearth.org.in/news/wildlife-biodiversity/uttarakhand-hc-order-declaring-animals-as-legal-entities-reflects-cultural-progress-experts-61036 (consultado el 2 de febrero de 2020).

sociocultural de la sentencia Jaguar en Ecuador demuestra la "ausencia" de una interpretación intercultural necesaria para la protección de los derechos de la naturaleza. Esta ausencia impide también un desarrollo jurisprudencial que pueda subvertir el orden de la justicia monocultural hacia una dialógica que entienda las distintas relaciones naturaleza-cultura que existen en un país con más de 27 pueblos indígenas.

Bibliografía

Libros

Acosta, Alberto, *¿Tienen derechos los animales?*, *Bitácora Constituyente*, Abya Yala, Quito, 2008.

Ávila, Ramiro, *La utopía del oprimido, Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en el pensamiento crítico, el derecho y la literatura*, Akal, México, 2019.

Berry, Thomas, *The Great Work: Our Way into the Future*, Broadway Books, 2000.

Burdon, Peter, *Exploring Wild Law: The Philosophy of Earth Jurisprudence*, Wakefield Press, South Australia, 2011.

Cullinan, Cormac y Law, Wild, *A manifiesto for earth justice*, Chelsea Green pusblishing, 2.ª ed., Chelsea, 2011.

De Sousa Santos, Boaventura, *El milenio huérfano, Ensayos para una nueva cultura política*, Trotta, España, 2011.

Echeverría, Bolívar, *Valor de uso y utopía*, Siglo xxi, México, 1998.

Gudynas, Eduardo, *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la práctica*, Abya-Yala, Quito, 2011.

Leopold, Aldo, *A sand county almanac and sketches here and there*, Oxford University Press, New York, 1949.

Llasag Fernández, Raúl, "Derechos de la naturaleza: una mirada desde la filosofía andina y la Constitución", en Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011, pp. 75-92.

Loiseleur Deslongchamps, Auguste-Louis-Armand, *Les lois de Manou*, París, 1833.

Melo, Mario, "De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate. Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos", en Espinosa Gallegos-Anda, Carlos y Pérez Fernández, Camilo (eds.), *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos, Quito, 2011, pp. 123-138.

Naess, Arne, *Une écosophie pour la vie. Introduction à l'écologie profonde*, Anthropocene Seuil, París, 2017.

Quijano, Aníbal, "América Latina en la economía mundial". En *Cuestiones y horizontes: de la dependencia histórico-estructural a la colonialidad/descolonialidad del poder*, Colección Antologías. Clacso, Buenos Aires, 2014.

Shiva, Vandana, *Earth Democracy: Justice, Sustainability and Peace*, Zed Books ltd., Londres, 2005.

Silvela Díaz-Criado, Enrique y Vacas Fernández, Félix, *El conflicto de India y Paquistán*, Ministerio de Defensa e Instituto de Estudios Internacionales y Europeos "Francisco de Vitoria", Madrid, 2005.

Singer, Peter, *Animal Liberation*, HarperCollins Publishers, Nueva York, 2009.

Stone, Christopher, *Derecho ambiental y justicia social*, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Universidad Javeriana, Pensar, Bogotá, 2009.

Tamayo Juan, José, *Islam. Cultura, religión y política*, 1.ª ed., Trotta, Madrid, 2009.

Viveiros de Castro, Eduardo, *La mirada del jaguar: introducción al perspectivismo amerindio.* Entrevistas, tinta limón, Argentina, 2013.

Walsh, Catherine, *Interculturalidad, Estado, sociedad, luchas (de) coloniales de nuestra época*, Abya Yala-UASB, Ecuador, 2009.

Wolkmer, Antonio Carlos, "Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina", en Villegas, M. y Rodríguez, C. (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídico críticos*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2003.

Revistas

Acosta, Alberto, "El buen vivir, una oportunidad por construir", *Otro Desarrollo*, base.socioeco.org, Quito, 2009, pp. 1-12, en en http://base.socioeco.org/docs/ecuador_debate_dic.2008.pdf

Brels, Sabine, "L'animalite humaine: du constat scientifique aux consequences ethico-juridiques", *Lex Electronica*, vol. 17, n.º 2 (septiembre de 2012).

Burneo, Santiago, "Megadiversidad", *Letras Verdes* n.º 3 (2009).

Camarena Adame, María Elena, Tunal Santiago Gerardo, "La religión como una dimensión de la cultura", *Nómadas*, vol. 22, n.º 2 (2009), pp. 1-15.

De Sousa Santos, Boaventura, "Hablamos del socialismo del buen vivir", *Camino Socialista*, vol. 9 (2010).

De Sousa Santos, Boaventura, cap. 1. "La sociología de las ausencias y la sociología de las emergencias: para una ecología de saberes", en *Renovar la teoría crítica*

y reinventar la emancipación social (encuentros en Buenos Aires). Clacso, 2006. ISBN 987-1183-57-7.

García Palacios, Moisés, *Animales en las religiones de la India, pensamiento de la India*, Máster en Filosofía Práctica, UNED, España.

Gautam, Manoj, "Supreme Court of India Intervenes to Save Thousands of Animals from Nepal's Brutal Gadhimai Festival Sacrifice", *Revista Virtual Humane Society International*, 20 de octubre 20 de 2014.

Gregor Barié, Cletus, "Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza", *Revista de Estudios Latinoamericanos*, n.º 59 (2014), pp. 9-40.

Gudynas, Eduardo, *Extracciones, extractivismos y extrahecciones un marco conceptual sobre la apropiación de recursos naturales*, Claes, febrero de 2013.

Houtart, François, "El concepto de *sumak kawsay* (buen vivir) y su correspondencia con el bien común de la humanidad, *Ecuador Debate*, vol. 84, n.º 57-76 (2011).

Jones, Robert, "Animal rights is a social justice issue", *Contemporany Justice Review* (20 de septiembre de 2014).

López Martínez, Mario, "Gandhi, política y Satyagraha", *Ra Ximhai*, vol. 8, n.º 2 (enero-abril de 2012).

Luarte Correa, Felipe, "Política y religiones en la India contemporánea", *Humania del Sur*, año 12, n.º 23 (julio-diciembre de 2017).

Malik Faisal, "Maharashtra Assembly clears way for bullock-cart race", *Industantimes*, 6 de abril de 2017.

Márquez Pulido, Ulises, "Valor de uso y espacio urbano: la ciudad como eje central de la conformación política, cultural y simbólica de las sociedades", *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. 59 (septiembre-diciembre de 2014), 187-208.

Morales Muñiz, María Dolores Carmen, "Los animales en el mundo medieval cristiano-occidental: Actitud y mentalidad", *Espacio, Tiempo y Forma*, Series I-VII (1998), pp. 307-329.

Majid Padar, Abdul, *Política exterior de la India*, Instituto de Indología, Madrid, 22 de mayo 2019.

Malik, Faisal, "Maharashtra Assembly clears way for bullock-cart race", *Hindustantimes*, 6 de abril de 2017.

Marín Guzmán, Roberto, "El jainismo: doctrina heterodoxa de la India. Estudio sobre su contribución al desarrollo religioso y cultural de la India", *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, n.º 11 (2001), pp. 145-148.

Morales, Viviana, "La función ambiental de la propiedad y el bienestar animal: obligaciones constitucionales para proteger los derechos de los animales destinados al consumo humano", *Cálamo*, n.º 11 (2019).

Moyano, Eduardo, Castro, Francisca y Prieto Gómez, Juan, "Bases sociales y políticas del bienestar animal en la Unión Europea", *Ambienta* (septiembre de 2015), pp. 68-92, p. 69.

Olivetti Marco, *El Tribunal Supremo de la India como órgano de justicia constitucional. Apuntes introductorios*, 2008.

Perinat Adolfo, *Contribuciones de la etología al estudio del desarrollo humano y socialización*, revista El Basilisco, número 11, España, 1980.

Ramírez Silvina, *Derechos de los pueblos indígenas y derechos de la naturaleza: encuentros y desencuentro*, Revista de Teoría Jurídica de la Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires, diciembre de 2011.

Ribagorda Calasanz Aurora, *Los animales en los textos sagrados del Islam, Espacio, Tiempo y Forma,* Serie III, H. Medieval, t. 12, 1999.

Bavikatte Kabir, Sanjay y Bennett, Tom, "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", *Journal of Human Rights and the Environment,*, vol. 6, n.º 1 (2015), pp. 7-29.

Sharma Bhumika, Priyanka Sharma, "Rights of animals at practice in India", *Journal on Contemporary Issues of Law*, vol. 3, n.º 7 (agosto de 2017), pp. 1-23.

Surendran, Vivek, "All you need to know about Jallikattu", *India Today*, 19 de enero de 2017.

Valverde Sánchez, Sergio, "Sobre el concepto de sacrificio en la historia de las religiones", *Revista de Estudios*, n.º 16 (2002), pp. 83-98.

Viaene Liselotte, Rahilal Nimla, *Pueblos indígenas y justicia transicional. Reflexiones antropológicas*, Publicaciones de la Universidad de Deusto Digital, Bilbao, 2019.

Páginas web

Banco Mundial, Tasa de incidencia de la pobreza, sobre la base de $ 1,90 por día (2001 PPA) (% de la población). India-Ecuador, en https://datos.bancomundial.org/indicator/SI.POV.DDAY?locations=IN-EC:

Human Rights Watch, "Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities" en 18 de febrero de 2019, en https://www.hrw.org/report/2019/02/18/violent-cow-protection-india/vigilante-groups-attack-minorities#page

Libro Rojo de los Mamíferos del Ecuador, en https://librorojo.mamiferosdelecuador.com/

Secretaría de Hidrocarburos, en http://www.historico.secretariahidrocarburos.gob.ec/wp-content/uploads/2018/08/1.Mapa-Bloques_Actualizado-Julio2018.jpg

Página Web Ministerio del Ambiente de Ecuador, en http://www.ambiente.gob.ec/ecuador-a-la-vanguardia-en-la-conservacion-de-areas-protegidas-en-suramerica/

Red Amazónica de Información Socioambiental Georreferenciada (RAISG) e Info-Amazonía, en https://mineria.amazoniasocioambiental.org/

"Uttarakhand HC order declaring animals as legal entities reflects cultural progress: experts", *DownToEarth*, 6 de julio de 2018.

Tesis doctorales

Beltrán, Catalina, *En búsqueda del jaguar: representaciones y narraciones en el Trapecio Amazónico*, tesis doctoral, Universidad Nacional de Colombia, Sede Amazonía, Colombia, 2013.

Kellenberg, John, *Accounting for natural resources: Ecuador, 1971-1990*, tesis doctoral, Department of Geography and Environmental Engineering, Johns Hopkins University, Baltimore, Maryland, 1995.

Informes

Ministère del l'inetrieur et Ministère d'agriculture de France, *Aïd-el-Kébir: modalités d'organisation et d'encadrement de l'abattage: guide pratique*, La Documentation Francaise, París, 2016.

Alliance for Justice & Accountability, *Minority rights violations in India*, 2017.

Human Rights Watch, "Violent Cow Protection in India: Vigilante Groups Attack Minorities", 18 de febrero de 2019.

Normativa

Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, RO 449, 20 de octubre de 2008.

La India, Constitución, 26 de enero de 1950.

La India, Congreso Nacional, Ley de protección contra el maltrato animal, 1958.

Ecuador, Código Orgánico Integral Penal, Asamblea Nacional RO Suplemento 180, 10 de febrero de 2014.

Sentencias

Ecuador, Corte Nacional de Justicia. Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, juicio n.º 2003-2014, Causa n.º 2003-2014. C.T, 8 de septiembre de 2015.

La India, Corte Suprema, Pramatha Nath Mullick *vs*. Pradyumna Kumar Mullick, 28 de abril de 1925.

La India, Corte Suprema, Mohd. Hanif Quareshi & Others *vs*. The State Of Bihar, 23 de abril de 1958.

La India, Corte Suprema, Yogendra Nath Naskar *vs*. Commissioner Of Income-Tax, 18 de febrero de 1969.

La India, N. Adithayan *vs*. The Travancore Devaswom Board &, 3 de octumbre de 2002.

La India, Corte Suprema, State of Gujarat *vs*. Mirzapur Moti Kureshi Kassab, 26 de octubre de 2005.

La India, Corte Suprema, Animal Welfare Board Of India *vs*. A. Nagaraja & Ors, 7 de mayo de 2014.

La India, The High Court of Uttarakhand at Nainital, Mohd. Salim *vs*. State of Uttarakhand & others, 20 de marzo de 2017.

La India, The High Court of Uttarakhand at Nainital, Lalit Miglani *vs*. State of Uttarakhand & others, 30 de marzo de 2017.

La India, Corte Suprema de Justicia, Tehseen S. Poonawalla *vs*. Union of India, 17 de julio de 2018.

Tercera parte
Estrategias para la superación de la violencia y la construcción de la paz

La justicia transicional: mecanismo polifacético de armonización entre la paz y la justicia

Manuel Alberto Restrepo Medina*

Introducción

El objeto de este capítulo es mostrar la evolución de los mecanismos que se han empleado en aquellas sociedades nacionales que han padecido violaciones sistemáticas de los derechos humanos para superar su pasado y transitar hacia un estadio de respeto de estos que permita la reconstrucción social y la construcción de la paz.

Para este efecto, primero se señalará el camino que ha sido recorrido por las distintas sociedades que han estado abocadas a estas situaciones hasta llegar a un consenso internacional sobre los estándares mínimos aceptables, que conforman la denominada justicia transicional, que se constituiría, hasta ahora, en el mecanismo más adecuado para armonizar las necesidades de la paz y la justicia.

Luego, en la segunda parte, se explicarán los componentes que integran el marco jurídico internacional para los procesos de justicia transicional en los que se tienen que respetar la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, así como el establecimiento de garantías de no repetición.

* Doctor en Derecho. Magíster en Derecho Administrativo. Magíster en Estudios Políticos. Diplomado en Estudios Avanzados (DEA) en Derecho Procesal. Especialista en Legislación Financiera. Abogado. Profesor emérito y titular de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Investigador senior de Colciencias. Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

1. El camino hacia la justicia transicional

Las sociedades que han sufrido violaciones masivas de los derechos humanos han recurrido a diferentes caminos para enfrentarse a su pasado reciente y hacer una transición para superarlo. Osiel señala que han existido cuatro caminos, muchas veces con variantes combinadas, cuya adopción ha dependido de la posición de poder en la cual han quedado los perpetradores: las purgas, los juicios, las comisiones de la verdad y las amnistías con indemnizaciones[1].

Cuando los victimarios han sido principalmente los miembros de las fuerzas armadas del Estado y estos son depuestos del poder por otro sector de las mismas, el retorno a la normalidad civil se ha tratado de garantizar con el retiro forzoso del servicio militar de los involucrados en las violaciones. Es un veto que puede generar oposición a la transición porque no hay posibilidad de integrarse al nuevo sistema.

En los eventos en que los perpetradores han sufrido una pérdida considerable de su poder, la transición se ha verificado mediante el adelantamiento de juicios criminales, aún si no gozan de apoyo popular interno, si son lentos y costosos y de resultados inciertos si son en verdad justos, y si tienen que ser selectivos por la imposibilidad de juzgar a miles de violadores.

Ante las dificultades que implica el adelantamiento de los juicios criminales, en otras sociedades se ha preferido recurrir a las comisiones de la verdad, de manera que las víctimas puedan conocer lo acontecido y las razones de lo sucedido, facilitándose el acceso a ese saber a cambio de que la responsabilidad se centre únicamente en el mando y no en los perpetradores directos.

Pese a la impunidad que esta solución representa, Domínguez considera que las comisiones de la verdad son valiosas porque “proporcionan una oportunidad extraordinaria para poner en el punto de mira los abusos olvidados, ofreciendo a su vez un foro para que víctimas y sobrevivientes compartan sus experiencias, se recomienden reformas institucionales y se haga una provisión de reparaciones”[2].

---

[1] Osiel, Mark J., “Respuestas estatales a las atrocidades masivas” en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 67-78.

[2] Domínguez, Mikaela, “La Resolución 1325 y la lucha contra la impunidad”, *Tiempo de Paz*, n.º 118 (2015), pp. 24-30.

El cuarto camino se ha transitado cuando los criminales continúan teniendo un poder significativo, donde la transición se ha verificado a cambio de la amnistía más amplia posible para evitar que los perpetradores se opongan al proceso de transición, tratando de hacerla aceptable reconociendo indemnizaciones a las víctimas, con dificultades tanto para su individualización y tasación, como para que estas las acepten y no consideren que se están comprando sus conciencias.

La fórmula que se ha utilizado de manera más recurrente ha sido la combinación de una comisión de la verdad con una amnistía amplia para los violadores. Sin embargo, en los últimos veinte años el contexto ha cambiado profundamente y hoy "no se acepta con facilidad la impunidad para ninguno de los perpetradores de graves violaciones a los derechos humanos, como tampoco el desconocimiento de los derechos de las víctimas"[3].

Ese cambio de contexto se ha dado en buena medida porque las víctimas, mediante una activa participación política y diplomática, tanto interna como internacionalmente, se han involucrado en la construcción de los procesos transicionales[4], los cuales son asumidos por ellas como una reivindicación moral de su dignidad y una oportunidad para la reconstrucción de la convivencia social y la construcción de un mejor futuro, aún si no puede establecerse la verdad ni llegarse a la justicia[5].

En ese sentido, los actos públicos de memoria y la construcción de una memoria colectiva han sido factores facilitadores de la reclamación efectiva de los derechos de las víctimas y de la lucha contra la impunidad, en la medida en que con ellos se dan pasos para la construcción de una memoria histórica, que fija y reconoce los hechos de forma oficial y permite llegar hasta la sanción de los responsables[6].

---

[3] Gómez Isa, Felipe, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Derecho del Estado*, n.º 33 (2014), pp. 35-63.

[4] Palou Loverdos, Jordi, "Relaciones internacionales y justicia transicional: memoria, jurisdicción universal y el caso Ruanda/RD Congo", *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, n.º (2015), 13, pp. 15-62.

[5] Villa Gómez, Juan David, "Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición", *Cátedra Abierta*, vol. 12, n.º 2 (2013), pp. 307-334.

[6] Ibíd.

Fruto del cambio de contexto al que se ha aludido ha sido la formulación de unos estándares internacionales mínimos de justicia en la construcción de procesos de paz, de manera que "hoy en día, quienes cometan crímenes atroces de manera masiva y sistemática, deberán ser procesados y condenados a penas proporcionales, sus víctimas deberán ser adecuadamente reparadas y la sociedad deberá ser informada sobre los crímenes cometidos, para hacer posible una reconstrucción de la historia y la memoria colectiva"[7].

Esos estándares internacionales conforman la denominada Justicia Transicional, que es definida por la ONU como

> [T]he full range of processes and mechanisms associated with a societies attempts to come to terms with a legacy of large-scale past abuses, in order to ensure accountability, serve justice and achieve reconciliation. These may include both judicial and non-judicial mechanisms, with differing levels of international involvement (or none at all) and individual prosecutions, reparations, truth-seeking, institutional reform, vetting and dismissals, or a combination thereof…[8]

Velásquez señala que el concepto de justicia transicional ha sido entendido como un acercamiento integral, holístico y pluridisciplinario que pretende resolver jurídicamente conflictos, a través de mecanismos y soluciones alternas, para pasar de un estado de violaciones a los derechos humanos, o de conflictos que han perdurado en algún momento de la historia, a un estado de paz[9].

A la formulación de los estándares mínimos que conforman la justicia transicional se llega por la valoración de la pluralidad de mecanismos empleados

---

[7] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 19-65.

[8] Informe del Secretario General de la ONU, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", 23 de agosto de 2004, en http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf (para. 8) (consultado el 1 de septiembre de 2019).

[9] Velásquez Cortés, July Andrea, "Implicaciones del reconocimiento de las víctimas militares en el marco de la justicia transicional colombiana", *Jurídicas CUC*, vol. 14, n.º 1 (2018), pp. 167-186.

en muy distintas experiencias internacionales para garantizar, o tratar de conseguirlo, la ordenada transición de un régimen a otro, casi siempre antagónico, en la cual se respeten los derechos humanos y se evite el riesgo de la repetición de un régimen político no democrático, de manera que el éxito de ese modelo radica en la interrelación de esos mecanismos y su adaptación a cada conflicto en particular[10].

En opinión de Vera, los mecanismos transicionales son apropiados como instrumentos de fin del conflicto y construcción de paz, no solo porque permiten la apropiación creativa de herramientas del derecho internacional, sino porque su aplicación es una manera de desbloquear la imaginación política, anulada por la violencia ejercida sobre las víctimas, que funciona como un punto de inflexión para relegitimar al Estado, que para ser exitoso requiere afrontar los problemas estructurales que están en la raíz del conflicto, y que, sin duda, hacen parte del estándar mínimo de las garantías de no repetición, como parte del derecho de las víctimas a la reparación integral[11].

La historia muestra que no hay una única solución para las transiciones y, por el contrario, cada caso demanda una solución propia, pero ningún caso es lo suficientemente específico como para que no quepa dentro de unos parámetros comunes establecidos en la práctica internacional.

En ese sentido, Stahn identifica tres elementos que conforman el denominador común de los procesos transicionales: i) la justicia y la paz no son fuerzas contradictorias sino complementarias; ii) es necesario un acercamiento comprensivo, dada la interrelación entre justicia, paz y seguridad; y iii) no son admisibles amnistías ni perdones para ciertas categorías de crímenes[12].

A su turno, el mismo autor identifica cuatro tendencias en la práctica internacional de las transiciones:

i) No existe un plan detallado para la justicia transicional; la elección y el diseño de cada fórmula se ajusta a las necesidades de cada caso,

---

[10] Palou Loverdos, Jordi, "Relaciones internacionales y justicia transicional: memoria, jurisdicción universal y el caso Ruanda/RD Congo", cit.

[11] Vera Lugo, Juan Pablo, "Memorias emergentes: las consecuencias inesperadas de la Ley de Justicia y Paz en Colombia (2005-2011)", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, n.º 2 (2015), pp. 13-44.

[12] Stahn, Carl, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 81-142.

tales como la naturaleza del conflicto, el compromiso de las partes con el proceso de paz, la necesidad y el grado de protección de grupos especiales, el potencial de hacer consultas públicas y la condición del sistema legal y político.

ii) Algún grado de internacionalización de los procedimientos judiciales y no judiciales puede ayudar a llenar los vacíos de capacidad y legitimidad que se presenten durante el restablecimiento de la justicia en escenarios de posconflicto.

iii) La justicia transicional requiere un marco polifacético en el cual se complementen recíprocamente y de manera positiva mecanismos como los juicios criminales, las comisiones de la verdad o los mecanismos alternativos de justicia, ya que ninguna de esas formas por sí misma ofrece respuestas definitivas a los retos de las transiciones. En esa medida, un modelo combinado de justicia y reconciliación puede lograr los mejores resultados en la práctica. La amenaza de que serán investigados puede incitar a los victimarios a entregar sus armas y comprometerse con un proceso de paz, partiendo de la opción de inmunidad condicional a cambio de la revelación de la verdad y la confesión individual. Por otro lado, la aplicación de formas alternativas de justicia puede liberar al sistema convencional de justicia de cargas que no puede sostener en la práctica, a causa de la masa de crímenes cometidos durante el conflicto.

En ese orden de ideas, la combinación de comisiones de la verdad y enjuiciamientos de responsabilidad penal demanda reglas organizacionales claras para poder funcionar correctamente y evitar conflictos por cruce de competencias, creando canales de diálogo y cooperación para lograr una relación procedimental entre las diferentes instituciones.

Como refiere Castellanos, los procesos que evolucionan en un equilibrio aceptable entre justicia y reconciliación son los que logran que los Estados ganen legitimidad, mejoren su situación humanitaria y disminuyan la violencia, pero si lo que impera en esos procesos es una alta dosis de impunidad, muchos de los alzados en armas se abstendrán de desmovilizarse por el temor a ser víctimas del odio

vindicativo, al no haberse consolidado un proceso de reconciliación adecuado[13].

iv) La Corte Penal Internacional aparece como un actor adicional dentro del diseño de la justicia transicional y al propio tiempo puede representar un papel constructivo en los procesos de paz y en situaciones de posconflicto, como apoyo a una estructura de responsabilidad de múltiples niveles.

2. El modelo polifacético de la justicia transicional

A partir del *Informe elaborado por Louis Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión*[14] (*La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos civiles y políticos*) y del *Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de Principios para la lucha contra la impunidad*[15], se llegó a la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2005 de los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", que, como lo refiere Gómez, constituyen el marco jurídico internacional para los procesos de justicia transicional en los que se tienen que respetar la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas de violaciones graves a los derechos humanos, así como el establecimiento de garantías de no repetición[16].

2.1. El derecho a la justicia

En el marco de los Principios Joinet, el derecho a la justicia consiste en el adelantamiento de investigaciones penales tendientes a que se establezca la responsabilidad individual de los perpetradores de crímenes graves de manera razonablemente rápida, minuciosa, imparcial, diligente y cuidadosa, sin beneficiarlos con fueros velados que los libren de responsabilidad, y pudiendo

---

[13] Castellanos Morales, Ethel Nataly, "Justicia Transicional en Colombia: Experiencias nacionales e internacionales como referentes", *Pensamiento Jurídico*, n.º 17 (2006), pp. 231-263.

[14] E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 de octubre de 1997.

[15] E/CN.4/2005/102/Add.1, 8 de febrero de 2005.

[16] Gómez Isa, Felipe, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", cit.

aplicar priorizaciones dadas las dificultades para criminalizar la totalidad de las violaciones, pero sin dejar nunca por fuera a los máximos responsables[17].

Como señala Villa (2013), la justicia tiene un papel regulador en el marco de construcción de la sociedad y el Estado, que posibilita el fortalecimiento de los marcos legales, la rendición de cuentas de los actores políticos y armados, la responsabilización por los hechos de violencia y abre un marco social que invita al respeto de los derechos humanos, que contribuye a la garantía para que no se repitan los hechos violentos.

Siguiendo a Botero y Restrepo, las obligaciones estatales contenidas en este primer principio comprenden: i) el deber de sancionar a quienes hayan cometido graves violaciones de los derechos humanos; ii) el deber del Estado de investigar todos los asuntos relacionados con graves violaciones de los derechos humanos; iii) el derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo; iv) el deber de respetar en todos los juicios las reglas del debido proceso; y, v) el deber de imponer penas adecuadas a los responsables[18].

2.1.1. El deber de sancionar a los responsables de graves violaciones de los derechos humanos y los límites de las amnistías e indultos en procesos de paz

En el pasado, la tensión entre la negociación política para alcanzar la paz, o al menos la cesación de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos y la sanción a los responsables, tendió a resolverse a favor de la consecución de la paz en detrimento de la justicia, favoreciendo a los perpetradores con altas dosis de impunidad.

A partir de la adopción de los Principios Joinet se pretende propiciar transiciones en las cuales sea posible conseguir una paz justa y una justicia pacífica, y para lograr ese propósito se ha establecido que los Estados solo pueden conceder amnistías e indultos por delitos políticos o delitos comunes conexos con estos, porque entre ellos existe una relación estrecha y directa, y sin que en ningún caso aquellos beneficios puedan cobijar crímenes graves conforme al derecho internacional.

---

[17] Gutiérrez Salazar, Liliana, "Una propuesta de análisis de trayectorias de justicia transicional", *Razón Crítica*, n.º 4 (2018), pp. 23-44.

[18] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

En esa medida, una amnistía o un indulto nunca pueden abarcar conductas que impliquen crímenes de lesa humanidad, crímenes de guerra o vulneraciones graves de los derechos humanos, tales como homicidios fuera de combate o poniendo a la víctima en estado de indefensión, desapariciones forzadas, violencia sexual, desplazamientos forzosos, tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, ataques contra la población civil y reclutamiento de niños y niñas menores de quince años.

Por ello, las leyes internas que pongan fin o impidan la investigación o el juzgamiento de esta clase de crímenes carecen de efecto jurídico y pueden ser declaradas inaplicables por los tribunales internacionales competentes, en la medida en que violan el derecho de las víctimas a la justicia e impiden el cumplimiento de la obligación estatal de respetar sus obligaciones internacionales en la materia[19].

En el mismo sentido, Ventura destaca que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha elevado a estándar internacional la proscripción del uso de leyes de amnistías e indultos cuando impidan u obstaculicen la investigación, juzgamiento y sanción de graves violaciones de derechos humanos, por lo que sus beneficiarios no pueden invocar ni la prohibición de retroactividad de la ley penal más grave ni la cosa juzgada como argumento para impedir la anulación de tales leyes[20].

2.1.2. El deber de investigar y la selección y priorización de los casos investigados

Frente a la ocurrencia de violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, el Estado tiene la obligación de iniciar procesos investigativos pronta, imparcial y exhaustivamente, y si no lo hace de esa manera compromete su responsabilidad internacional[21].

Este deber de investigar, juzgar y sancionar a los autores intelectuales y materiales de los hechos, los determinadores y beneficiarios del crimen, inclusive respecto de situaciones de criminalidad compleja, también ha sido elevado por el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

---

[19] Ibíd.

[20] Ventura Robles, Manuel F., "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional", *Justicia*, n.º 30 (2016), pp. 32-51.

[21] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

a estándar internacional[22] y opera como fundamento esencial del derecho de las víctimas a la verdad, en la medida en que de la efectividad de la investigación depende el establecimiento de la identidad de los perpetradores y que se conozcan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron las violaciones de los derechos humanos[23].

Ahora, si bien lo ideal sería investigar todas las violaciones y castigar a todos los perpetradores, en la práctica esa posición maximalista resulta inalcanzable tanto por el creciente y progresivo número de investigados y de víctimas, como por el número y clase de conductas punibles que deberían ser investigadas, de manera que siempre y cuando los crímenes internacionales y los autores con mayor rango o grado de responsabilidad sean juzgados y condenados, el Estado podría seleccionar y priorizar los casos sin violar sus obligaciones internacionales[24].

En ese sentido, la política de selección de casos se inicia con el reconocimiento por parte de las autoridades de la imposibilidad de investigarlo todo, y a partir de allí implica la aplicación de criterios de priorización que permitan abordar los casos más complejos, de mayor impacto social y paradigmáticos, con los cuales evidenciar interna e internacionalmente la voluntad del Estado para enfrentar la criminalidad, que no se debe repetir en la sociedad[25].

Ante la falta de capacidad para investigar todas las violaciones, la selección de casos sin aplicar criterios de priorización como los que se indican más adelante conduce a realizar investigaciones y proferir sentencias periféricas, sin conexión, de bajo impacto y en muchos casos sin comprometer a los mayores responsables de los delitos cometidos[26], deslegitimando por completo el proceso transicional.

---

[22] Ventura Robles, Manuel F., "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional", cit.

[23] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

[24] López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, n.º 117 (2012), pp. 515-579.

[25] Forer, Andreas y López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia" en Ambos, Kai (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Bogotá, 2011, pp. 229-253.

[26] López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional", cit.

Desde la perspectiva del sistema interamericano de derechos humanos se ha considerado que una amnistía condicionada para crímenes que no revisten mayor gravedad no violaría la Convención Americana de Derechos Humanos, siempre que los Estados parte hayan cumplido con el deber de investigar, juzgar y sancionar mediante instrumentos alternativos, incluyendo mecanismos de verdad y reparación integral[27].

Como lo recuerda López, la Corte Penal Internacional ha fijado criterios de selección y de priorización que garanticen la viabilidad en la investigación y juzgamiento de los mayores responsables de crímenes, los cuales se pueden clasificar de la siguiente manera[28]:

- *Criterio subjetivo de gravedad*: considera la calidad de los victimarios y de las víctimas, de manera que se centra en los autores que hacen parte de los mandos superiores y que tienen capacidad de generar impunidad y en los crímenes que han afectado a determinadas personas, grupos o sujetos colectivos especialmente vulnerables, tales como defensores de derechos humanos, operadores judiciales, representantes laborales o sindicales, testigos, periodistas, miembros de organizaciones no gubernamentales, defensores públicos, indígenas, niños y niñas, adolescentes, mujeres o afrodescendientes.
- *Criterio objetivo de gravedad*: se ocupa de los delitos cometidos en criminalidad sistémica, determinada por los siguientes factores: escala o magnitud de los delitos (número de víctimas, daño físico o psicológico causado y expansión geográfica y temporal de los crímenes), naturaleza de los crímenes (delitos de mayor crueldad y sufrimiento especial, tales como asesinatos, violaciones y reclutamiento de menores), modo de comisión (utilización de especial crueldad para cometer los delitos, como los crímenes contra víctimas particularmente vulnerables) e impacto (afectación de la paz y la seguridad

---

[27] Ello se deduce del tratamiento sobre la inconvencionalidad de las amnistías para los crímenes de lesa humanidad o por graves violaciones a los derechos humanos en los casos Barrios Altos contra Perú y Almonacid Arellano contra Chile.

[28] López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional", cit.

regional, incluyendo el daño social, económico y ambiental generado por los delitos).

- *Criterios complementarios*: estima las condiciones objetivas que permitan adelantar las investigaciones, así: factibilidad (probabilidad de encontrar información faltante aún no disponible sobre la conducta punible), necesidad (capacidad estatal para impulsar la investigación y llegar a una condena), viabilidad (capacidad económica, de cooperación y logística para obtener pruebas suficientes para acusar y condenar), relevancia (privilegio de casos con connotación y alta sensibilidad social e impacto demostrativo de que la justicia funciona bien) y riqueza didáctica (capacidad del caso seleccionado para generar buenas prácticas de investigación y decisiones judiciales que promuevan principios y valores de justicia).

2.1.3. El derecho de las víctimas a un recurso judicial efectivo

Este derecho implica un deber correlativo del Estado de permitir que las víctimas accedan a recursos judiciales adecuados y efectivos para denunciar las violaciones y solicitar las reparaciones pertinentes, de manera que, conforme a los Principios Joinet/Orentlicher, como lo explican Botero y Restrepo, el Estado cumpla con las siguientes obligaciones:

> (1) Dar a conocer, a través de medios oficiales y privados, todos los recursos disponibles contra las violaciones de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; (2) adoptar, en cualquier tipo de proceso que afecte a las víctimas, las medidas necesarias para que no sean incomodadas, se proteja su intimidad y se garantice su seguridad, la de su familia y la de los testigos; y (3) utilizar todos los medios diplomáticos y jurídicos apropiados para que las víctimas puedan iniciar las acciones pertinentes y puedan presentar las demandas de reparación que sean del caso. Este derecho implica, así mismo, los deberes del Estado de adoptar medidas que permitan la presentación de demandas tendentes al logro de reparaciones

> colectivas y de acceder a los procedimientos internacionales sin perjuicio de los recursos nacionales[29].

Con el fin de asegurar el acceso efectivo a la justicia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que las investigaciones y, en general, cualquier sistema jurídico transicional, se deben orientar por los principios de oficiosidad, oportunidad, competencia, independencia, imparcialidad, exhaustividad y participación de las víctimas y sus familiares[30].

2.1.4. El deber de respetar en todos los procesos judiciales las reglas del debido proceso y los límites al **non bis in idem** *y a la cosa juzgada*

Como lo recuerdan Botero y Restrepo, en principio y como corresponde a un Estado de derecho, los procesos que se adelanten para establecer la responsabilidad penal de los perpetradores de las violaciones de los derechos humanos deben tramitarse por tribunales competentes, independientes e imparciales en plazos razonables y en ellos se debe garantizar el derecho a la defensa y la aplicación de los principios de legalidad de los delitos y de las penas y de impugnación de las decisiones, la presunción de inocencia, la carga de la prueba en cabeza del Estado, la investigación tanto de lo favorable como de lo desfavorable al implicado, la prohibición de tratos crueles, inhumanos o degradantes y la sanción adecuada y proporcional de los delitos[31].

Sin embargo, señalan los mismos autores, en aras de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas de esos delitos, las autoridades judiciales pueden inaplicar o limitar las garantías del *non bis in idem* y la cosa juzgada en los procesos que se inicien contra los presuntos responsables de esas atrocidades, en aquellos eventos en los cuales un juicio previo haya dado lugar a la imposición de penas irrisorias o inclusive a la declaración de ausencia de responsabilidad cuando las pruebas hubieran debido llevar a que sí lo fueran y a que las penas impuestas fueran acordes con la gravedad de los delitos cometidos.

---

[29] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

[30] Ventura Robles, Manuel F., "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional", cit.

[31] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

2.1.5. El deber de imponer penas adecuadas a los responsables y las penas alternativas y los beneficios penitenciarios

Conforme al Estatuto de Roma, las penas a imponer a los responsables han de corresponder a la gravedad del delito, los intereses de las víctimas, la edad y el grado de participación de la persona a quien se endilga la comisión de una cierta conducta y, a diferencia de lo que sucede con la legislación penal y procesal penal ordinaria, que otorgan beneficios a los condenados tras pagar una parte de la pena y cumplir determinadas condiciones de resocialización, el condenado por los delitos de competencia de la CPI no podrá recuperar su libertad antes del cumplimiento de toda la pena, salvo que se cumplan las siguientes condiciones: i) que el condenado haya cumplido, por lo menos, dos terceras partes de la pena o 25 años de prisión en casos de cadena perpetua; ii) que el recluso haya manifestado, desde el principio y de manera continua, su voluntad de colaborar con la Corte en sus investigaciones y procedimientos; iii) que el condenado haya prestado su asistencia voluntaria a la Corte para la ejecución de sus sentencias y órdenes en otros casos, y, particularmente, en la ubicación de bienes sujetos a multas, órdenes de decomiso o de reparación que puedan ser utilizados en beneficio de las víctimas; y, iv) que existan otros factores que establezcan un cambio claro y significativo en las circunstancias que ameriten una reducción de la sentencia, de conformidad con las Reglas de Procedimiento y Pruebas[32].

Estas reglas del Estatuto de Roma ponen de presente el rigor en el tratamiento penitenciario de los condenados por la CPI, que contrasta con las penas que se consideran adecuadas por la comisión de estos delitos en los procesos transicionales, en los cuales el logro de la terminación de hostilidades y la cesación de las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos llevan a establecer penas mucho menos severas e inclusive penas alternativas a la privación de la libertad, que pueden poner un signo de interrogación frente al derecho a la justicia de las víctimas, por lo que, para evitar una intervención *a posteriori* de ese tribunal internacional, es necesario que el marco jurídico, como lo indica Gómez, sea muy escrupuloso con el cumplimiento de los criterios de necesidad y proporcionalidad de las penas, para evitar que la oportunidad para superar el conflicto no se materialice a cualquier precio,

---

[32] Salvioli, Fabián, *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Fundación Social, Bogotá, 2004.

de manera que en ningún caso se deje de investigar y sancionar a los máximos responsables de los crímenes de guerra y de lesa humanidad, tanto de los órganos estatales como de los grupos armados[33].

2.2. El derecho a la verdad y el papel de las comisiones de la verdad en las transiciones

Desde la perspectiva de las víctimas, la verdad representa un alivio y un consuelo ante su permanente reclamo por saber qué pasó y por qué pasó, ya que para la mayoría sigue siendo incomprensible la violencia padecida, y la verdad se presenta como un apoyo de su proceso de transformación subjetiva porque podría permitir darle algún sentido a lo ocurrido, aún si no se llega a una condena de los responsables[34], y para que puedan encontrar respuestas a sus preguntas, la participación y la confesión de los victimarios es fundamental para la construcción de la verdad, por lo cual las versiones de los perpetradores requieren ser completas y veraces, y solamente si lo son podrían acceder a los beneficios de la alternatividad punitiva de cada sistema de justicia transicional[35].

Este es un derecho del cual son titulares las víctimas, por lo cual, para definir su alcance, primero es necesario identificar quiénes son las víctimas. De acuerdo con los Principios Joinet, ellas son tanto las personas que, individual o colectivamente, han sufrido daños, como lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como resultado de actos u omisiones que violan las normas internacionales de derechos humanos o el derecho internacional humanitario, así como los miembros de la familia directa o personas a cargo de la víctima directa, y las personas que, al intervenir para asistir a la víctima o impedir que se produzcan otras violaciones, hayan sufrido daños físicos, mentales o económicos.

No obstante, para que las violaciones no se repitan en el futuro y que con el conocimiento de lo acontecido el Estado cumpla con el deber de la memoria, y de esta manera se prevenga el surgimiento de tesis revisionistas o negacionistas

---

[33] Villa Gómez, Juan David, "Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición", cit.

[34] Ibíd.

[35] Baldosea Perea, Heydi Patricia, "El esclarecimiento de la verdad, la confesión y el derecho de no autoincriminación y de guardar silencio en los contextos judiciales de transición. El caso de Justicia y Paz en Colombia", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104 (enero-junio 2017), pp. 151-177.

y que los pueblos que han padecido estas atrocidades preserven su historia como patrimonio, el derecho a la verdad no solamente debe comprender el derecho individual de la víctima, sino también abarca el derecho colectivo de la sociedad de saber todo aquello acerca de lo ocurrido en el conflicto[36].

Esa dimensión colectiva del derecho a la verdad es resaltada por la jurisprudencia interamericana y el reconocimiento de esta faceta del derecho a la verdad implica para la CIDH que el Estado ubique, organice y sistematice la información relacionada con violaciones a derechos humanos, cree plataformas y mecanismos que permitan el acceso público y la consulta a autoridades administrativas y judiciales, víctimas o familiares y sociedad en general, y no limite el acceso a la información, buscando ampararse en el secreto de Estado o la confidencialidad de la información, o en razones de interés público o seguridad nacional[37].

Esos deberes que la jurisprudencia interamericana impone a los Estados que abordan procesos de transición son medios para cumplir con el deber de la memoria al que antes se hacía referencia y para su instrumentación se ha recurrido a mecanismos como los procesos judiciales —que se centran más en la faceta individual del derecho a la verdad—, los juicios y las comisiones de la verdad y el aseguramiento de medios para la reconstrucción de los hechos como las exhumaciones y la búsqueda de los desaparecidos[38].

En la medida en que los juicios y las comisiones de la verdad carecen de poderes punitivos y de retribución, son espacios útiles para documentar y esclarecer crímenes atroces que, de otro modo, permanecerían en la oscuridad y la negación, al propio tiempo que han servido para que las víctimas se encuentren con los perpetradores y así se abra un camino para que, a partir de la exposición de sus versiones sobre lo acontecido, las motivaciones de sus actos y el relato de sus pérdidas, con el tiempo se alcance la reconciliación[39].

Teniendo en cuenta el papel relevante que se le ha atribuido a las comisiones de la verdad para facilitar las transiciones, la experiencia acumulada indica que para que sean mecanismos idóneos para garantizar el derecho a la

---

[36] Ibíd.

[37] Acosta López, Juana Inés y Espitia Murcia, Cindy, "Pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 30 (2017), pp. 9-40.

[38] Gutiérrez Salazar, Liliana, "Una propuesta de análisis de trayectorias de justicia transicional", cit.

[39] Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", cit.

verdad deben establecerse solemne o formalmente, no ser impuestas desde afuera o si lo son que logren integrarse como parte de un proyecto local, los procedimientos que sigan para el conocimiento de los hechos deben ser rigurosos y públicos, la verdad que proporcionen debe ir más allá de casos paradigmáticos o ilustrativos y que permita conocer y comprender cómo y por qué sucedieron los hechos, y la verdad contenida en su informe final debe ser reconocida oficialmente por todos los poderes públicos[40].

2.3. El derecho a la reparación integral

Siguiendo a Villa, a lo largo de la historia de las reparaciones en los procesos transicionales se pueden identificar tres etapas[41].

En una primera fase, la reparación consistía únicamente en el pago de una suma de dinero, otorgada más como una transacción para suplir necesidades básicas que como una indemnización, sin sanciones para los responsables, sin transformación de las causas que propiciaron las vejaciones y sin dignificación de las víctimas.

En una segunda etapa, la reparación fue más una manifestación de resiliencia de la sociedad y de las propias víctimas que de la acción del Estado, por lo cual, si bien hay un empoderamiento de estas últimas, a las cuales se les reconocen indemnizaciones, persisten escenarios de vulnerabilidad por el mantenimiento de situaciones de dominación por parte de los victimarios.

Finalmente, en la tercera etapa la reparación parte de una acción dignificadora de las víctimas, en la cual aquella se aborda en forma integral, de manera que no solamente se traduce en el pago de unas indemnizaciones, sino que comprende medidas de rehabilitación psicosocial, de transformación emocional y de reconstrucción del tejido social, que va aparejada de la realización de la verdad y la justicia para garantizar la no repetición.

Para el mismo autor, para que un proceso transicional cumpla su propósito, no puede haber reparación si no hay verdad ni justicia, ni ella puede centrarse solamente en indemnizar a las víctimas, pues este enfoque reduccionista de la reparación legitima la violencia porque no requiere sancionar lo ocurrido y con ello propicia la impunidad, y ofende a las víctimas porque

[40] Gutiérrez Salazar, Liliana, "Una propuesta de análisis de trayectorias de justicia transicional", cit.

[41] Villa Gómez, Juan David, "Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición", cit.

pareciera comprar su silencio y al no procurar su reconocimiento ni visibilizarlas no conlleva la realización de las transformaciones políticas y sociales que los procesos transicionales demandan.

Por ello, como bien lo sintetizan Botero y Restrepo (2005), conforme a los principios de Joinet, el derecho a la reparación comprende una dimensión individual y otra colectiva, y cualquiera sea la forma de reparación esta debe otorgarse en condiciones de igualdad, y, por tanto, sin discriminación alguna, ser adecuada, efectiva y rápida —para lo cual podría ser necesaria la creación de una jurisdicción especializada[42]—, además de proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, y si el responsable de la violación no quiere o no puede reparar a la víctima, el Estado asume la obligación de prestarle asistencia o, incluso, de indemnizarla de conformidad con los parámetros anteriores.

2.3.1. Componentes de la dimensión individual de la reparación

En su perspectiva individual, la reparación a que tienen derecho las víctimas podría llegar a abarcar hasta cinco componentes: restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

La restitución busca devolver a la víctima al estado anterior a la violación y para ello comprende, sin agotarlas, medidas como el restablecimiento de la libertad, los derechos legales, la situación social, la identidad, la vida familiar y la ciudadanía, el regreso al lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus propiedades.

La indemnización consiste en el pago de los perjuicios económicos derivados de la vulneración de los derechos humanos de que se trate, dentro de los cuales se encuentran los daños físicos o mentales, la pérdida de oportunidades, los daños materiales y la pérdida de ingresos, el daño a la reputación o dignidad y los gastos incurridos por la víctima para asistencia jurídica y servicios médicos.

La rehabilitación como forma de reparación involucra la atención médica y psicológica, así como la prestación de servicios jurídicos y sociales.

La satisfacción comprende la verificación de los hechos y la difusión pública y completa de la verdad, la búsqueda de las personas desaparecidas y

[42] López Martínez, Miguel Andrés, "Demandas escasas y sentencias tardías: en busca de razones para una jurisdicción especial de víctimas", *Principia Iuris*, n.º 14 (2017), pp. 118-143.

de los cadáveres de las personas muertas, las disculpas públicas que reconozcan los hechos y acepten las responsabilidades, la aplicación de sanciones judiciales o administrativas a los responsables y las conmemoraciones y homenajes a las víctimas.

Las garantías de no repetición y prevención comprenden medidas encaminadas a disolver los grupos armados paraestatales; medidas de derogación de las disposiciones de excepción, legislativas o de otra índole que favorezcan las violaciones, tales como el juzgamiento de civiles por tribunales militares; medidas de fortalecimiento de la independencia de la rama judicial; medidas de fortalecimiento de la capacitación de todos los sectores sociales en derechos humanos y derecho internacional humanitario.

Por su parte, en la jurisprudencia del sistema interamericano, Ventura señala que la CIDH ha reconocido la indemnización tanto de los daños morales como de los materiales y dentro de estos el daño emergente y el lucro cesante[43]. También ha ordenado otras medidas de reparación como las de restauración (equivalente a la *restitutio in integrum*), las de rehabilitación (como el tratamiento médico y psicológico de las víctimas), las de satisfacción (entre las que se encuentran los actos de reconocimiento de responsabilidad y disculpas públicos), las garantías de no repetición (programas educativos para funcionarios estatales, medidas de fortalecimiento institucional en materia de investigación, medidas de prevención, sistemas de información y búsqueda etc.), así como las indemnizaciones compensatorias (basada en aquellos daños).

2.3.2. Dimensión colectiva de la reparación

En su dimensión colectiva, el derecho a la reparación comporta la adopción de medidas dirigidas a restaurar, indemnizar o readaptar los derechos de las colectividades o comunidades directamente afectadas por las violaciones, dentro de las cuales tienen una importancia superlativa las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas y las erecciones de monumentos, las que, a su turno, facilitan el deber de recordar.

---

[43] Ventura Robles, Manuel F., "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional", cit.

Dado que en las vulneraciones graves y sistemáticas de los derechos humanos las reparaciones involucran a un número significativo de víctimas, para su ejecución se requiere la adopción de programas diseñados mediante leyes o a través de medidas administrativas[44]. Para que esos programas satisfagan este derecho deben reunir las siguientes características:

i) Estabilidad y respaldo institucional, es decir, garantía de continuidad, que será mayor si el programa se asienta en una decisión legislativa y no en una administrativa.
ii) Publicidad de su diseño e implementación, para lo cual se requiere una adecuada coordinación entre el Estado, las víctimas y la sociedad civil.
iii) Objetividad y publicidad en la definición y delimitación de la condición de víctima, característica que entraña una difusión por canales efectivos de la información necesaria, que sea fácilmente comprensible y accesible para todos sus potenciales destinatarios.
iv) Facilidades adecuadas para que los reclamantes puedan acceder a los programas.
v) Determinación del alcance de las reparaciones para que los beneficios ofrecidos lleguen a un porcentaje significativo de las víctimas.

2.4. Adopción de reformas institucionales y otras garantías de no repetición

Aparte de las garantías específicas para las víctimas para no volver a sufrir violaciones graves a sus derechos humanos, que son parte del derecho de reparación integral, se requieren otro tipo de medidas para garantizar la no repetición en el plano de la sociedad en su conjunto. Noguera y Lemus son enfáticos en señalar que también son indispensables los procesos de depuración y reforma institucional como el primer paso para reconstruir la confianza de la población en las instituciones en la ruta para la construcción de un sistema democrático real, encaminado a la efectiva protección de todo el conglomerado social, donde las oportunidades para un pleno disfrute y goce efectivo de los derechos

[44] Gutiérrez Salazar, Liliana, "Una propuesta de análisis de trayectorias de justicia transicional", cit.

constituye una manera idónea de otorgar una garantía de no repetición a todas las víctimas[45].

Este componente de los procesos transicionales, de un entendimiento comprensivo de la justicia transicional, permite poner de manifiesto el riesgo que ha sido señalado por Benavides, Mateos y Camps de que la justicia transicional sea capturada por una visión liberal y Estado-céntrica de construcción de la paz, homogeneizadora de sus estándares (verdad, justicia, reparación y no repetición), que oscila entre la aplicación de medidas de justicia degradada y la implementación de un populismo punitivo de los derechos humanos, en detrimento de una visión más restaurativa y centrada en las visiones y perspectivas locales[46].

En efecto, si no hay una apropiación y participación local de los mecanismos de la justicia transicional será más difícil para las comunidades de víctimas enfrentar exitosamente su pasado de vejaciones, de manera que es necesario reconocer las formas locales de hacer justicia, averiguar la verdad del pasado y alcanzar la reconciliación, con el fin de garantizar la eliminación de las estructuras de impunidad y la no repetición de los hechos violatorios de los derechos humanos, así como la transformación de las causas profundas del conflicto, sea social o armado.

Para Gómez, otro elemento de riesgo que también hay que considerar al implementar mecanismos de justicia transicional son las asimetrías de poder existentes en el contexto sociopolítico en el cual se van a aplicar porque esta situación puede derivar en que se terminen reproduciendo esos desbalances en los diseños normativos y en los arreglos institucionales a la hora de proteger los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

La manera de contraponerse a esas asimetrías de poder son las movilizaciones políticas y jurídicas ejercidas por las redes de derechos humanos con el fin de promover la protección de los derechos de las víctimas, tales como la intensificación de la presión de organizaciones transnacionales y de otros Estados, la incorporación de los derechos de las víctimas al discurso político y el empleo

---

[45] Noguera Sánchez, Helber Armando y Lemus Parra, María Paula, "Marco jurídico colombiano de justicia transicional. Balance y propuestas desde una seudo democracia a una real y efectiva", *Revista Jangwa Pana*, n.º 14 (2015), pp. 136-147.

[46] Benavides, Farid, Mateos Martín, Óscar y Camps Febrer, Blanca, "Límites y desafíos de la Justicia Transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de Sierra Leona, Marruecos y Colombia", *Relaciones Internacionales*, n.º 38 (junio-septiembre 2018), pp. 121-145.

del litigio estratégico en representación de las víctimas en casos emblemáticos para que puedan reclamar sus derechos dentro de los procesos judiciales.

Bibliografía

Acosta López, Juana Inés y Espitia Murcia, Cindy, "Pasado, presente y futuro de la justicia transicional en el sistema interamericano de derechos humanos", *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, n.º 30 (2017), pp. 9-40.

Baldosea Perea, Heydi Patricia, "El esclarecimiento de la verdad, la confesión y el derecho de no autoincriminación y de guardar silencio en los contextos judiciales de transición. El caso de Justicia y Paz en Colombia", *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 38, n.º 104 (enero-junio 2017), pp. 151-177.

Benavides, Farid, Mateos Martín, Óscar y Camps Febrer, Blanca, "Límites y desafíos de la Justicia Transicional en las nuevas transiciones: un análisis crítico a partir de los casos de Sierra Leona, Marruecos y Colombia", *Relaciones Internacionales*, n.º 38 (junio-septiembre 2018), pp. 121-145.

Botero Marino, Catalina y Restrepo Saldarriaga, Esteban, "Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia", en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 19-65.

Castellanos Morales, Ethel Nataly, "Justicia Transicional en Colombia: Experiencias nacionales e internacionales como referentes", *Pensamiento Jurídico*, n.º 17 (2006), pp. 231-263.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Barrios Altos vs. Perú. Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Fondo).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Sentencia de 26 de septiembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Domínguez, Mikaela, "La Resolución 1325 y la lucha contra la impunidad", *Tiempo de Paz*, n.º 118 (2015), pp. 24-30.

Forer, Andreas y López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de casos como estrategia de investigación y persecución penal en la justicia transicional en Colombia" en Ambos, Kai. (coord.), *Selección y priorización como estrategia de persecución en los casos de crímenes internacionales. Un estudio comparado*, Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, Bogotá, 2011, pp. 229-253.

Gómez, Gabriel Ignacio, "Asimetrías del poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de justicia y paz", *Estudios de Derecho*, vol. 69, n.º 153 (2012), pp. 90-112.

Gómez Isa, Felipe, "Justicia, verdad y reparación en el proceso de paz en Colombia", *Derecho del Estado*, n.º 33 (2014), pp. 35-63.

Gutiérrez Salazar, Liliana, "Una propuesta de análisis de trayectorias de justicia transicional", *Razón Crítica*, n.º 4 (2018), pp. 23-44.

Informe del Secretario General de la ONU, "The rule of law and transitional justice in conflict and post-conflict societies", 23 de agosto de 2004, en http://www.unrol.org/files/2004%20report.pdf (para. 8) (consultado el 1 de septiembre de 2019).

López Díaz, Claudia, "Selección y priorización de delitos como estrategia de investigación en la justicia transicional", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 42, n.º 117 (2012), pp. 515-579.

López Martínez, Miguel Andrés, "Demandas escasas y sentencias tardías: en busca de razones para una jurisdicción especial de víctimas", *Principia Iuris*, n.º 14 (2017), pp. 118-143.

Noguera Sánchez, Helber Armando y Lemus Parra, María Paula, "Marco jurídico colombiano de justicia transicional. Balance y propuestas desde una seudo democracia a una real y efectiva", *Revista Jangwa Pana*, n.º 14 (2015), pp. 136-147.

Osiel, Mark J., "Respuestas estatales a las atrocidades masivas" en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 67-78.

Palou Loverdos, Jordi, "Relaciones internacionales y justicia transicional: memoria, jurisdicción universal y el caso Ruanda/RD Congo", *Anuario de Acción Humanitaria y Derechos Humanos*, n.º (2015), 13, pp. 15-62.

Salvioli, Fabián, *El derecho internacional de la persona humana frente a la impunidad de hecho o de derecho: criterios a considerar en procesos de justicia transicional*, Fundación Social, Bogotá, 2004.

Stahn, Carl, "La geometría de la justicia transicional: opciones de diseño institucional", en Rettberg, Angélika (comp.), *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, Ediciones Uniandes/International Development Research Centre, Bogotá, 2005, pp. 81-142.

Velásquez Cortés, July Andrea, "Implicaciones del reconocimiento de las víctimas militares en el marco de la justicia transicional colombiana", *Jurídicas CUC*, vol. 14, n.º 1 (2018), pp. 167-186.

Ventura Robles, Manuel F., "Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: necesidad y tipos de sanción aplicables en los procesos de justicia transicional", *Justicia*, n.º 30 (2016), pp. 32-51.

Vera Lugo, Juan Pablo, "Memorias emergentes: las consecuencias inesperadas de la Ley de Justicia y Paz en Colombia (2005-2011)", *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 17, n.º 2 (2015), pp. 13-44.

Villa Gómez, Juan David, "Consecuencias psicosociales de la participación en escenarios de justicia transicional en un contexto de conflicto, impunidad y no-transición", *Cátedra Abierta*, vol. 12, n.º 2 (2013), pp. 307-334.

Las comisiones de memoria y verdad ante el reto de narrar la atrocidad masiva: una forma de reconstruir el pasado de violencia, paz y reconciliación de América Latina*

Tania Luna Blanco**

El deber de memoria ha convertido a cada uno
en su propio historiador.
Nora, Pierre, *Les lieux de mémoire*, Ediciones Trilce, 2008, p. 24

Introducción

América Latina suele narrarse desde su pasado y presente de colonización, despojo, disputas ideológicas, dictaduras, paraestatalidades e insurgencias. La literatura sobre este punto, abordada desde imaginarios fuertemente cuestionados por los latinoamericanismos, exotiza las violencias de nuestros contextos caracterizándolas como propias de *zonas de barbarie* sin Dios ni ley[1], sumidas en el subdesarrollo, la debilidad estatal estructural y la ausencia de innovación tecnológica[2]. Con frecuencia, abrazamos el destino trágico de

* La autora agradece especialmente a Laura Ledezma Paredes su valiosa colaboración como asistente de investigación para la realización del presente capítulo.

** Doctora en Derecho Universidad de Los Andes. Docente investigadora y miembro del grupo de investigación en Estudios Constitucionales y de la Paz de la Universidad Libre, seccional Bogotá. taniam-lunab@unilibre.edu.co

[1] Lemaitre, Julieta, "¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en zonas sin ley", en C. Rodríguez, *El derecho en América Latina*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 47-68.

[2] A lo largo del texto haré alusión a los latinoamericanismos como un grupo de cuestionamientos realizados a la forma en la que se narra a Latinoamérica. Desde esta visión, Latinoamérica se define

este tipo de narrativa desconociendo que el conflicto es inherente a las relaciones sociales —aunque no puede decirse lo mismo de la violencia[3]— y que nuestros países, así como los países que han vivido de igual manera estos tipos de flagelos, albergan historias de paz y reconciliación, tan numerosas como las historias de violencias[4].

La historia de América Latina es, desde esta perspectiva, la historia de una paz construida a través de un largo camino de luchas sociales y resistencias. Negar ese proceso histórico de construcción de paces (en plural) implicaría silenciar una vez más las voces de las víctimas que se han abierto paso en diferentes estrados judiciales y extrajudiciales, reclamando una construcción de la memoria política y la verdad como elementos centrales de la construcción y la transicionalidad hacia la paz. Pero ¿qué papel han jugado las comisiones de

---

desde su relación con quien la narra, por lo general ubicado desde un centro de poder. Desde los múltiples latinoamericanismos identificados, se destacan las narraciones de América Latina como bárbara en contraste con una América del Norte civilizada, subdesarrollada, tercermundista y foco de la subversión a diferencia de los países desarrollados, primer mundistas y generadores de programas antisubversivos: "Latinoamericanismo es plural porque se trata de la forma como Latinoamérica ha sido retratada por al menos cuatro agentes de imaginación importantes: la misma Latinoamérica, los Estados Unidos, Europa y más recientemente, los latinos. Hay muchas Latinoaméricas, y no solamente por los altos y bajos de sus límites y su lugar cambiante en el imaginario occidental, como lo ha sustentado de manera excelente Arturo Ardao (1993), sino también porque ha sido imaginada de manera diferente por diferentes actores sociales". En: Mendieta, Eduardo, "Ni orientalismo, ni occidentalismo: Edward W. Said y el Latinoamericanismo", *Tabula Rasa*, n.º 5 (2006), pp. 67-83. Para una visión desde el derecho como discurso en la geopolítica del conocimiento jurídico, ver Bonilla, Daniel, *Constitucionalismo del sur global*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2015.

[3] Zuleta, Estanislao, "Elogio de la dificultad", *Praxis Pedagógica* vol. 4, n.º 5 (2004), pp. 87-91. Ver también Galtung, Johan, "Violence, peace, and peace research", *Journal of Peace Research*, vol. 6, n.º 3 (1969), pp. 167-191.

[4] Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n.º 4 (1994), pp. 597-655; Chapman, Audrey R. y Patrick Ball, "The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n.º 1 (2001), pp. 1-43; Kerr, Rachel y Mobekk, Eirin, *Peace and Justice: Seeking Accountability After War*, Polity Press, 2007; Sarkin, Jeremy, "The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide", *Journal of African Law*, vol. 45, n.º 2 (2001), pp. 143-172; Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º 2 (2009), pp. 321-367; De Gruchy, John W., *Reconciliation: Restoring Justice*, Minneapolis: Augsburg Books, 2002; Esterhuyse, Willie, "Truth as a Trigger for Transformation: From Apartheid Injustice to Transformational Justice", en Villa-Vicencio, Charles y Verwoerd, William (eds.), *Looking Back Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*. Cape Town: University of Cape Town Press, 2000.

memoria y verdad en la reconstrucción del pasado de los conflictos latinoamericanos? ¿De qué manera las narrativas producidas por dichas comisiones, aun obedeciendo a estándares de independencia e imparcialidad, han captado o cooptado la historia de los conflictos armados y las violencias dictatoriales?

El capítulo que se presenta tiene como objetivo central responder a la pregunta: ¿de qué manera se han narrado los conflictos en América Latina al interior de las comisiones de memoria y verdad judicial creadas en distintos contextos de posconflicto? Centra sus esfuerzos en dos países con procesos transicionales posdictaduras: Argentina y Chile; y uno con acuerdo de paz para el posconflicto: Colombia. El elemento que nos permite comparar contextos tan disímiles viene dado por las iniciativas de memoria y verdad judicial que se han presentado en estos escenarios. Los casos seleccionados son interesantes porque permiten, aun desde sus limitaciones, generar una radiografía de las historias que se están contando sobre violencia, paz y reconciliación desde los centros oficiales de producción de la memoria y la verdad en América Latina, explorando las posibilidades de estas narraciones para reconocer a las víctimas y resignificar las violencias, así como su potencial de erigirse en peligrosas historias oficiales del conflicto latinoamericano.

De esta manera se argumentará que, aun cuando estos espacios deben obedecer a mandatos de objetividad, difícilmente escapan a la tensión conceptual *memoria, historia y verdad judicial*. La integración de estas narrativas como explicación del pasado que se produce desde la estatalidad enfrenta, como el dios Jano de los principios y los finales, un dilema en apariencia irresoluble: por un lado, al provenir de un centro de producción oficial los movimientos de víctimas ven a su otrora victimario: el Estado, como su portavoz. Este hecho comporta por sí mismo significantes simbólicos de naturaleza reparadora y restauradora, tal y como ha sido reconocido por ámbitos internacionales de protección de derechos humanos.

De la misma forma, tiende a poner fin a las disputas que existen también en el terreno de las memorias, entendiéndose como la historia que *nunca más* puede ser negada o repetida, e impulsando cambios institucionales para cumplir dicho objetivo. Sin embargo, por otro lado, sus virtudes parecen también contribuir a sus más grandes críticas: al provenir de un centro oficial de producción se cuestiona de igual manera la capacidad que tienen de cristalizar el pasado creyéndolo objetivo, reconocer conflictos, víctimas y victimarios en desconocimiento de otros, y servir de base para rediseños institucionales y

transformaciones normativas que parten de las narrativas construidas, aceptadas y muy pocas veces cuestionadas desde escenarios académicos.

Si las transiciones hacia la paz se construyen sobre la base de este tipo de narraciones, vale la pena contribuir a problematizarlas, descentrarlas y pluralizarlas. El artículo que se presenta busca avanzar en ese propósito y para ello se estructura en tres partes centrales: la *primera*, contextualiza al lector sobre la justicia transicional y se enfoca en uno de sus principales pilares, el derecho a la verdad. El acápite mostrará al lector la tensión conceptual que surge de la iniciativa de recuperar un pasado mediado por la atrocidad a través de apuestas de memoria y verdad. La *segunda*, reconstruye desde sus modalidades, mandatos y alcances algunas de las comisiones de memoria y verdad de los tres países seleccionados como objeto de estudio, haciendo particular énfasis en Colombia. La *tercera*, problematiza la existencia de estos espacios partiendo por reconocer su necesidad y pertinencia, pero, alertando a la vez sobre la importancia de cuestionar la reconstrucción del pasado de los países latinoamericanos desde narrativas tradicionales de violencia que tienen la vocación de servir de plataforma de transformaciones institucionales. De esta manera, se defiende que la historia que se construye desde estos espacios no es un relato más del pasado sino una apuesta política que debe verse a la luz de sus limitaciones para reconstruir el pasado y que invita a la academia latinoamericana a repensar sus alcances y participar de manera decidida en su construcción.

1. Justicia transicional y *peace building* en Latinoamérica: el reto de narrar y procesar la atrocidad

Hablar de Justicia Transicional (JT) es hacer alusión a un concepto designado para explicar el fenómeno producido en numerosos contextos y momentos históricos[5], consistente en transitar de dictaduras, estados autocráticos o de guerra, a regímenes estables o democráticos, a través del restablecimiento

[5] Para Teitel, los orígenes de la JT en sentido moderno, que asocia con la primera fase de la JT en su genealogía, se remontan a la Primera Guerra Mundial. Cfr. Teitel, Ruti G., "Genealogía de la justicia transicional", *Harvard Human Rights Journal*, n.º 16 (2003), pp. 69-94. Ver también *Transitional Justice*, Oxford University Press, 2000.

del Estado de derecho y la legalidad[6]. La JT se asocia entonces a procesos de profunda transformación política motivados por un cambio de gobierno o el derrocamiento del existente, y el conjunto de medidas legislativas, administrativas y judiciales que se adoptan para apoyar dicha transición[7].

Las medidas que se toman en contextos transicionales responden a la pregunta: ¿cómo enfrentar las atrocidades del pasado? Han tenido un gran desarrollo normativo en el derecho internacional de los derechos humanos como respuesta a las experiencias de atrocidad masiva que han vivido numerosos países alrededor del mundo en diferentes momentos históricos. De esta manera se ha discutido desde diversas disciplinas y visiones, el por qué y cómo sucedieron tales eventos (verdad); qué hacer con los responsables (justicia) y cómo devolver a las víctimas al estado en el que se encontraban antes de las atrocidades o compensar sus daños (reparación); y garantizar que los mismos hechos no se repitan jamás (garantías de no repetición)[8].

---

[6] El sociólogo noruego Jon Elster, buscando conceptualizar a la JT desde sus elementos básicos, explica que aun cuando este sea el término moderno que ha recibido dicho fenómeno, el mismo puede analizarse en perspectiva histórica, ya que ha estado presente en diferentes lugares y momentos, por ejemplo, en la Atenas de los años 411 a 403 a.C. y en la restauración de la monarquía, durante la Francia napoleónica (1814-1815). De esta manera numerosos ejemplos pueden encontrarse en la historia de nuestros países. Cfr. Elster, Jon, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 140.

[7] Para Elster y Teitel, la JT desde sus componentes básicos implica: i) una respuesta a situaciones de extrema violencia o de regímenes represores anteriores, desde el derecho y la legalidad; ii) un conjunto de decisiones sustantivas y procedimentales, que varían de acuerdo con cada contexto y situación política; iii) una motivación de transformación radical de la sociedad, a través de las distintas decisiones políticas que se adopten; iv) el uso de mecanismos judiciales y extrajudiciales para determinar qué se considera un crimen o una violación, si estos pueden ser eximidos de persecución o, por el contrario, judicializados; qué tipo de retribución se exige de los perpetradores, qué tipo de medidas se adoptan en su contra; y cómo se definen las víctimas de las violaciones, así como el restablecimiento a su estado anterior o reparación del daño sufrido. Cfr. Teitel, Ruti G., "Genealogía de la justicia transicional", cit., y Elster, Jon, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, cit., p. 152.

[8] De conformidad con los estándares internacionales, no deben dejarse de lado otros derechos como los relacionados con las garantías de no repetición, incluidos en la actualización de los principios de Joinet en 2005, actualizados por Diane Oritlincher. Algunos autores reconocen también el derecho de memoria desde una expresión individual. Sobre el tema, véase Bickford, Louis, "Transitional Justice", *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*, MacMillan Reference, Estados Unidos, 2004.

La JT se presenta entonces como un discurso construido para atender a nuestro desgarrador tiempo presente[9], ayudándolo a saldar sus cuentas con el pasado. En este campo discursivo, la tríada *verdad, justicia y reparación* se presenta hoy como pilar jurídico infranqueable, que deja poco lugar a la negociación política[10], o a otras formas no jurídicas de representación de la atrocidad[11].

De esta manera la JT ofrece, principalmente a través del derecho[12], una serie de alternativas normativas que se muestran novedosas, neutrales e idóneas para atender a la reconstrucción de los países del mundo y apostarles a los derechos de las víctimas y a la construcción de paz (*peace building*) en un posible escenario de posconflicto[13], aun cuando los debates que estructuran este escenario de construcción académica están lejos de ser pacíficos. La literatura especializada ha abierto un interesante territorio de discusión para pensar los puntos de encuentro entre la construcción de paz, el humanitarismo y la justicia transicional; desafiar los principales componentes del proyecto de justicia transicional desde sus componentes ideológicos liberalizadores y homogeneizadores que, la mayoría de veces, encarna en desconocimiento de los contextos y dinámicas locales; así como una invitación permanente a

---

[9] Para efectos del presente texto, las expresiones modernidad, contemporaneidad y tiempo presente se emplearán en el mismo sentido siguiendo la propuesta metodológica de Hugo Fazio en *La historia del tiempo presente*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2010.

[10] Benavides, Farid, *El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC-EP*, Proyecto Paz, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, en https://proyectopaz.uniandes.edu.co/investigaciones/perspectivas-juridicas/el-delito-politico-en-el-marco-del-proceso-de-paz-con-las-farc-ep/ (consultado el 26 de febrero de 2014).

[11] Restrepo, Esteban, *Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva*, en Iglesias, Marisa (coord.), *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería Ediciones, Buenos Aires, 2014, pp. 336-352.

[12] Sobre el papel del derecho en las historias que se cuentan en los procesos de transición hacia la paz, ver Luna Blanco, Tania, "Historia legal y conflicto armando en Colombia: entre el derecho fallido y la violencia cohonestada", en Ibarra Padilla, Adelaida María (coord.), *Retos del postconflicto desde un enfoque interdisciplinar*, Sello Editorial Coruniamericana, Barranquilla, 2019, pp. 12- 35.

[13] La construcción de paz se mueve también dentro de la lógica de un mercado que va en busca de tierra fértil para producir y ofrecer alternativas para transitar hacia la paz. Véase Zelizer, Craig y Oliphant, Valerie "Introduction to integrated peacebuilding", en Zelizer, Craig (ed.), Integrated Peacebuilding: Innovating Approaches to Transforming Conflict, Routledge, Nueva York, 2013, pp. 3-30.

politizar sus orígenes para develar las agendas e intereses que lo impulsan y se movilizan en pro de mantener sus componentes[14].

Los componentes de la transición hacia la paz gravitan alrededor de la *verdad, justicia, reparación y no repetición* entendidos como derechos de las víctimas frente al mandato internacional de no impunidad[15]. Así, las cortes o tribunales *ad hoc*, las comisiones de la verdad y las agencias administrativas de reparación e implementación de los programas de paz y reconciliación se abren paso como instrumentos idóneos para la construcción de paz en el posconflicto.

En la historia de las transiciones hacia la paz, han gozado de mayor protagonismo los mecanismos de *justicia y verdad*, por algunas razones de vital importancia. Los primeros, para desafiar una larga historia de amnistías y perdones amnésicos, pero también por cuanto los usos políticos de la punición y el castigo al victimario favorecen a los gobiernos que los impulsan en contextos determinados y con banderas ideológicas diversas[16]. Los segundos, en tanto canalizan los reclamos de memoria colectiva de las atrocidades padecidas, coadyuvando a los mecanismos de justicia al producir verdades judiciales que se transforman, al mismo tiempo, en narraciones sobre el tipo de conflicto vivido, las víctimas que lo sufrieron y los victimarios que lo perpetraron, sirviendo de base para rediseños institucionales diversos y políticas públicas dirigidas a poner fin en algún momento a la transición.

Las comisiones de la verdad se entienden hoy como uno de los principales elementos de las transiciones hacia la paz, articulándose como un reclamo de rechazo determinante al olvido[17]. Aun cuando su quehacer es contextual, estas comisiones se caracterizan principalmente por: i) centrarse en el pasado; ii) estudiar patrones de acontecimientos de violencia o represión acaecidos de

---

[14] Torres Penagos, Felix Eduardo, "Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post) conflicto (Estudio preliminar)", en González Jácome, Jorge (comp. y trad.), *Justicia transicional y postconflicto*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2019, pp, 15-96.

[15] Joinet, Louis, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Juristas, Bogotá, 2007, pp. 31-497.

[16] García, Helena y Engle, Karen, "The Distributive Politics of Impunity and Anti-Impunity: Lessons from Four Decades of Colombian Peace Negotiations", en Engle, K., Miller, Z. y Davis, D. (eds.), *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 216-254.

[17] "Recordar no es fácil, pero olvidar sería imposible", en Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 22.

manera recurrente durante un periodo de tiempo, a consecuencia de regímenes abusivos de derecho o escenarios de conflicto armado; iii) nacen con una vocación temporal, que por lo general concluye con la emisión de un informe público en respuesta a las tareas encomendadas, describiendo causas y consecuencias de las violaciones sufridas; y, iv) son oficialmente autorizadas o reconocidas por el Estado, aun cuando deben actuar con independencia de este[18].

La relación de estos espacios creados como escenarios de la verdad con cortes y tribunales es estrecha. Aunque su fin último no sea fijar o establecer condenas o sentencias judiciales, con excepción del caso sudafricano y la concesión de amnistías[19], la verdad reconstruida hace eco en el poder judicial y en los órganos de justicia creados con un reto distinto: procesar la atrocidad, fijando sanciones que desafían el paradigma de la proporcionalidad y la justicia retributiva propia de tiempos de normalidad[20].

Su desarrollo ha impactado el cuerpo normativo del derecho internacional de los derechos humanos, haciendo que hoy se reconozca el derecho de los países y las víctimas a conocer la verdad:

> Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que —claro está— deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias[21].

---

[18] Ibíd., p. 11.

[19] Wilson, Richard A., *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State (Cambridge Studies in Law and Society)*, 1.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

[20] Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 11.

[21] Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual 1985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68. Doc. 8 rev. 1, 26 de septiembre de 1986.

Las comisiones de la verdad rompen el silencio y trabajan para generar verdad judicial en el principal lugar de trabajo de la memoria y la historia: *el pasado*. El poder que despliegan no puede subestimarse. Si bien su quehacer no se dirige a emitir sentencias judiciales, enviando a los responsables a una prisión, su labor coexiste con la batalla permanente que libran las memorias por ganar significados sociales en el tiempo, ostentando un poder aún más grande, la definición del pasado y el redireccionamiento del futuro:

> Lo que es especial sobre las comisiones de la verdad es su intención de afectar la comprensión y aceptación social del pasado de un país, no resolver únicamente hechos específicos. Mientras existe una creciente atención en las comisiones de la verdad como promotoras de la "reconciliación", este no fue siempre un elemento definitorio de las primeras comisiones de la verdad. Parece, sin embargo, que la intención de las comisiones de la verdad es en sí mismo un elemento definitorio: direccionar el pasado hacia el cambio de políticas, prácticas e incluso relaciones en el futuro, de una manera que respete y honre a aquellos que fueron afectados con los abusos del pasado[22].

Pero ¿qué retos trae trabajar en el pasado con la intención de moldear el futuro?, ¿qué peligros enfrentan las narrativas creadas en procesos transicionales?

2. Memoria, historia y verdad: el reto de narrar el pasado en contextos de posconflicto o posautoritarismo

Clío, diosa de la historia, es hija de Mnemósine, diosa de la memoria en la mitología griega. La historia es hija de la memoria, pero se separa de ella cobrando vida propia para ir más allá del acto de recordar. En las más representativas pinturas y esculturas erigidas sobre esta deidad, Clío se representa con una trompeta en su mano derecha; y un libro de Tucídides, el historiador de *La historia de la guerra del Peloponeso*, en su mano izquierda; un reloj

[22] Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 11 [traducción libre].

cerca y debajo de ella siempre el mundo[23]. Clío parece querer dar cuenta de las sociedades en el tiempo, detenerse en el conjunto de fenómenos que se entrelazan para dar curso a los acontecimientos, estudiándolos con detenimiento. Su pretensión de cientificidad y fe en la razón, representadas por el libro que abraza, la diferencian de su madre, una titán encargada de darles a los hombres el don de recordar.

La memoria y la historia trabajan en el pasado al igual que la imaginación, pero su apuesta no es la ficción sino la realidad. El lugar de trabajo de la historia es la memoria colectiva[24]. Esta memoria no es única y constituye un reto para el historiador que desea narrar un pasado vivo. Un desafío que parece representar un abanico de lugares y significados posibles para la interpretación de hechos históricos, principalmente en escenarios de atrocidad masiva, pero que no puede considerarse como la historia misma que debe escribir el historiador. En este sentido, las memorias viven pugnas políticas por permanecer en el imaginario social, y las leyes[25], en ocasiones, las inmortalizan o definen su veracidad imponiendo un reto para el historiador que se juega en su oficio la posibilidad de acercarse a la verdad histórica.

El historiador se ve amenazado entonces por un presente invasivo que demarca y limita su actuar, siendo presionado a inmortalizar, a través de la historia, una memoria que la mayoría, o por lo menos los vencedores, defienden como la verdadera. La historia recobra de esta manera su papel de jueza y su visión moralizadora como portadora de una verdad única[26], que debe ser desafiada y rechazada.

---

[23] Para una representación ajustada a la descripción completa, véase la escultura en mármol de Carlo Franzoni titulada *El coche de la historia*, Washington D.C., National Statuary Hall, 1819.

[24] Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia y el olvido*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

[25] Algunos historiadores han señalado el riesgo que representa en su oficio el derecho mismo y su tendencia a calificar en algún sentido los hechos históricos. En este escenario, expresiones como "crímenes de lesa humanidad", "criminales de guerra", "atrocidad masiva y sistemática" se ven como una amenaza del presente para congelar el pasado en tan solo un sentido, dejando sin lugar a la historia misma y al oficio del historiador. Sobre este punto, véase la entrevista a Pierre Nora, "No hay que confundir memoria con historia", *La Nación*, 15 de marzo de 2006.

[26] Vale la pena recordar con Koselleck cómo la reflexión filosófica sobre la historia (filosofía de la historia) ha pasado por varios momentos. Desde la reflexión estética, donde se habló de la historia como equivalente de la poética en atención al foco que se ponía en la literatura o narración que generaba el historiador, aun cuando se diferenciaba del poeta por la búsqueda permanente del historiador por la verdad; pasando por la moralización de la historia, en un intento por erigirla en jueza de la verdad y hacedora de la justicia, capaz de dar la razón en una contienda ideológica; hasta llegar a entenderla a

La verdad judicial trabaja también en lugares de la memoria[27], comparte con la historia su búsqueda de certezas y, como ella, se apoya en pruebas, sin embargo, el historiador puede continuar ahí donde cesa la labor de la justicia:

> Un historiador tiene derecho a distinguir un problema allí donde un juez decidiría un "no ha lugar". Es una divergencia importante que, sin embargo, presupone un elemento común a historiadores y jueces: el uso de la prueba […] y entonces surgirán las implicaciones y los límites de la sugestiva analogía sugerida por Luigi Ferrajoli: "El proceso es, por así decirlo, el único caso de experimento historiográfico: en él las fuentes actúan en vivo, no sólo porque son asumidas directamente, sino también porque son confrontadas entre sí, sometidas a exámenes cruzados, y se les solicita que reproduzcan, como en un psicodrama, el acontecimiento que se juzga"[28].

Así las cosas, la memoria es el telón de fondo, constituido por numerosos lugares memorializados que buscan ser cuestionados por la verdad judicial y la

---

partir de la formulación de hipótesis, bajo el entendido de que ante la ausencia del determinismo divino la historia puede ser aprehendida a través de la razón. Véase Koselleck, Reinhart, *Historia/historia*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

[27] La memoria ocupa espacios sociales construidos a manera de archivos que contienen lo que debemos recordar. Sobre los lugares de memoria, Nora señala: "Los lugares de memoria son, ante todo, restos. La forma extrema bajo la cual subsiste una conciencia conmemorativa en una historia que la solicita, porque la ignora. Es la desritualización de nuestro mundo la que hace aparecer la noción. Aquello que segrega, erige, establece, construye, decreta, mantiene mediante el artificio o la voluntad una colectividad fundamentalmente entrenada en su transformación y renovación, valorizando por naturaleza lo nuevo frente a lo antiguo, lo joven frente a lo viejo, el futuro frente al pasado. Museos, archivos, cementerios y colecciones, fiestas, aniversarios, tratados, actas, monumentos, santuarios, asociaciones, son los cerros testigo de otra época, de las ilusiones de eternidad. De allí viene el aspecto nostálgico de esas empresas de veneración, patéticas y glaciales. Son los rituales de una sociedad sin rituales; sacralidades pasajeras en una sociedad que desacraliza; fidelidades particulares en una sociedad que lima los particularismos; diferenciaciones de hecho en una sociedad que nivela por principio; signos de reconocimiento y de pertenencia de grupo en una sociedad que tiende a no reconocer más que a individuos iguales e idénticos. Los lugares de memoria nacen y viven del sentimiento de que no hay memoria espontánea, de que hay que crear archivos, mantener aniversarios, organizar celebraciones, pronunciar elogios fúnebres, labrar actas, porque esas operaciones no son naturales". Nora, Pierre, "No hay que confundir memoria con historia", cit., p. 24.

[28] Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador: consideraciones al margen del proceso Sofri*, Editorial Anaya y Mario Muchnik, Madrid, 1993.

historia. La verdad judicial dirige su actuar a la búsqueda de certezas, renunciando si no puede encontrarlas; la historia, en cambio, aun alentada por esta pretensión de verdad, es incapaz de renunciar a su búsqueda aun cuando deba moverse en el terreno de la probabilidad[29].

El pasado, gobernado por la memoria, es un terreno oscuro y boscoso, un país extraño[30]:

> *Memoria, historia*: lejos de ser sinónimos, tomamos conciencia de que todo los opone. La memoria es la vida, siempre encarnada por grupos vivientes y, en ese sentido, está en evolución permanente, abierta a la dialéctica del recuerdo y de la amnesia, inconsciente de sus deformaciones sucesivas, vulnerable a todas las utilizaciones y manipulaciones, capaz de largas latencias y repentinas revitalizaciones. La historia es la reconstrucción siempre problemática e incompleta de lo que ya no es. La memoria es un fenómeno siempre actual, un lazo vivido con el presente eterno; la historia, una representación del pasado. Por ser afectiva y mágica, la memoria solo se ajusta a detalles que la reafirman; se nutre de recuerdos borrosos, empalmados, globales o flotantes, particulares o simbólicos; es sensible a todas las transferencias, pantallas, censuras o proyecciones. La historia, por ser una operación intelectual y laicizante, requiere análisis y discurso crítico[31].

Las comisiones de memoria y verdad trabajan sobre lugares memorializados —materiales, simbólicos y funcionales—[32] atándose a fines específicos como la dignificación de las víctimas o la búsqueda de responsables. Como nos alerta la fenomenología del recuerdo, la memoria puede ser impedida, manipulada, dirigida abusivamente, tentada por la búsqueda de la identidad y por

---

[29] "Los espacios judiciales son lugares de memoria, pues en ellos se ejerce un poder ritualizado que le permite a la sociedad reconocerse". Orozco Abad, Iván, Uribe, María Victoria, Cabarcas, Gina y Sánchez, Luis Carlos. [Gonzalo Sánchez, dir.], *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica*, Centro de Memoria Histórica-Taurus, Bogotá, 2012, p. 18.

[30] Lowenthal, David, *El pasado es un país extraño*, vol. 194, Akal, Madrid, 1985.

[31] Nora, Pierre, "No hay que confundir memoria con historia", cit., p. 24.

[32] Ibíd., p. 33.

las batallas ideológicas que culminan con relatos de vencedores y vencidos[33], finales felices que añoramos aun cuando los sabemos imposibles[34]. De esta manera, sus narraciones deben observarse con cuidado y evaluarse a la luz de sus finalidades. A este respecto, el riesgo más grande lo genera la tendencia a encapsular el pasado, dando a unas memorias la calidad de ganadoras en la contienda del recuerdo. El siguiente apartado invita al lector a hacer un breve recorrido por algunas de las experiencias de comisiones de memoria y verdad en Latinoamérica, teniendo como objetivo evaluar algunas de sus narrativas a la luz de los desafíos que genera narrar el pasado vivo de la atrocidad masiva.

3. Comisiones de memoria y verdad en el escenario latinoamericano

Las comisiones de memoria y verdad han gozado de gran protagonismo en América Latina. Muchos asocian el inicio de estos espacios a la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas que inició su mandato en Argentina en 1983, sin embargo, la figura ha tenido relevancia en el mundo entero, haciendo presencia en las llamadas "sociedades en transición"[35]. El mandato de hacer memoria o buscar la verdad se ha convertido en una bandera de los movimientos sociales que, agolpados en las calles, reclaman a los gobiernos de turno su derecho a saber dónde descansan los restos de los desaparecidos, cuáles son los rostros de los responsables y el porqué de las aberraciones vividas, incluso en escenarios de aparente democracia.

El mal, banal, en lugar de radical[36], encarnó fisonomías y prácticas distintas, que con dificultad se detienen. Millares de historias de violencia, pero

---

[33] Ricoeur da cuenta de diferentes formas de manipulación del recuerdo o abusos de la memoria, mostrando la volatilidad del recuerdo y lo expuesto que está a ser moldeado por intereses diversos: "Estas múltiples formas del abuso hacen resaltar la vulnerabilidad fundamental de la memoria, la cual resulta de la relación entre la ausencia de la cosa recordada y su presencia según el modo de representación. Todos los abusos de la memoria ponen al descubierto esencialmente el carácter enormemente problemático de esta relación representativa con el pasado". Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia y el olvido*, cit., p. 111.

[34] Zuleta, Estanislao, "Elogio de la dificultad", cit., pp. 87-91.

[35] Algunas experiencias previas al caso argentino pueden encontrarse en Uganda (1974), Brasil (1979-1982), Bolivia (1982 a 1984), Zimbbabwe (1983-1984). Véase Jaramillo, Isabel Cristina, "Las formas institucionales para buscar la verdad estructural: a propósito de la creación una (otra) Comisión de la Verdad en Colombia", en Alviar García, Helena y Jaramillo, Isabel Cristina (coords.), *Perspectivas Jurídicas para la paz*, Ediciones Uniandes, 2016, pp. 427-461.

[36] Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, Penguin, New York, 2006.

también de paz y reconciliación, coexisten para recordarnos quiénes somos, de qué fuimos capaces, qué no queremos repetir. Las comisiones de memoria y verdad aparecen en la escena latinoamericana para dar cuenta del pasado de atrocidad legado por escenarios de conflicto armado o dictadura. Sus mandatos, contextuales siempre, parten de tareas específicamente encomendadas. Analizar su actuación, así como la forma en la que construyeron las narrativas del pasado asociadas a escenarios de atrocidad masiva podría ser una tarea desbordante, por eso este documento pretende únicamente abrir una agenda de investigación al respecto y se detiene en las comisiones seleccionadas para cumplir tal propósito: Argentina, Chile, Perú y Colombia.

3.1. Argentina y la Conadep: ¿verdad inicial o verdad parcial?

En un contexto de lucha contra la subversión y el fantasma del comunismo, la *guerra sucia*, desplegada en el marco del Proceso de Reorganización Nacional, luego del golpe militar de 1976, dejó a Argentina un legado de muertes, secuestros, torturas y desapariciones forzadas que hasta hoy se continúa conociendo. Cuando en el año de 1983 los militares entregaron el poder a las autoridades civiles, enfrentando numerosos cuestionamientos y una pérdida generalizada de autoridad, lo hicieron bajo la triple condición de: i) entregar su propio informe de lo sucedido, narrando lo ocurrido en el pasado como la inevitable consecuencia de la lucha antisubversiva y bajo la comprensión de que los desaparecidos que no se encontraban en el exilio deberían darse definitivamente por muertos; ii) aceptar la bandera de la Ley Nacional de Pacificación que rodeaba de inmunidad a los agentes estatales y evitaba todo tipo de persecución penal por hechos que hubieran tenido lugar entre el 25 de mayo de 1973 y el 25 de mayo de 1982; iii) que se quemara todo tipo de información y documentación que reposara en los archivos y que diera cuenta de la campaña antisubversiva[37].

Con un pasado suprimido de los lugares oficiales de la memoria, el nuevo gobierno de Raúl Alfonsín, elegido por votación popular para la Restauración Democrática, se abrió pasó con una doble promesa de gobierno: integrar una comisión de la verdad capaz de desenterrar el pasado velado en relación con los desaparecidos y enjuiciar a los responsables de las atrocidades vividas en

[37] Amstutz, Mark R., *The healing of nations: The promise and limits of political forgiveness*, Rowman & Littlefield, Oxford, 2005.

tiempos de la dictadura militar. La comisión, que sería conocida en la posteridad como la Conadep, empezó a sesionar con trece miembros, incluido su presidente, una figura de renombre literario: Ernesto Sábato; y un mandato claro: dar cuenta de los desaparecidos y emitir un informe oficial que le contara a Argentina y al mundo entero la verdad sobre los alcances de la estrategia contra el *terrorismo subversivo* que se había desplegado en ese país[38].

En palabras de Sábato, pese al descrédito y las acusaciones a la Conadep de impedir el olvido tan necesario para la reconciliación, se hizo imperioso buscar a quienes en apariencia no existían, no figuraban en los hospitales ni en las morgues, ni en los registros judiciales o administrativos[39]. Sus hallazgos, luego de recolectar miles de testimonios, dieron cuenta de más de 4000 personas asesinadas y un estimado de 8960 personas secuestradas o arrestadas, figurando como desaparecidas. La guerra sucia contra la subversión se había extendido de tal manera que muchos afirmaron perder a seres queridos que nunca estuvieron ni siquiera mínimamente relacionados con la actividad política. El secuestro y la tortura, practicados en centros clandestinos de detención[40], salieron a la luz a través de aterradores testimonios que ponían en el foco de la justicia a las autoridades militares y de policía, forzando la reapertura de juicios penales a los altos y medios mandos de estas estructuras estatales, en rechazo de las leyes de perdón y olvido.

El informe de la Conadep emitido en 1984 puso un título a la historia reconstruida: *Nunca Más*. Muchos textos dan cuenta de este oscuro pasaje de la historia argentina a partir del trabajo realizado por esta Comisión, de hecho, sus descripciones alimentaron la creación de una institucionalidad de juzgamiento a los militares involucrados, como por ejemplo el *Juicio a las Juntas*, y un proceso de reparaciones a las víctimas del llamado terrorismo de Estado que se ha prolongado en el tiempo[41].

---

[38] "La tragedia argentina: con la entrega del informe de Sábato llega la hora de hacer justicia", *Semana*, 29 de octubre de 1984.

[39] Cfr. Decreto Ley 187 del 15 de diciembre de 1983.

[40] El informe final de la Conadep, *Nunca Más*, da cuenta de por lo menos 365 centros de detención empleados con este propósito. Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 46.

[41] La Ley 23.466 de 1986, señala en su artículo 1.º: "Otórgase una pensión no contributiva a todas las personas que acrediten los siguientes extremos a partir de la sanción de esta ley: a) Ser menor de 21 años de edad; b) La desaparición forzada de uno o ambos progenitores —acaecida antes del 10 de diciembre

Pese a que el informe fuera publicado en el año 1984, con una gran difusión[42], la verdad continúa en debate. Para algunos, Argentina vivió un genocidio, para otros una guerra, en palabras del exgeneral Videla: no sucia o limpia, pero sí justa[43]. Numerosos cuestionamientos se han abierto sobre el número víctimas registrado, denunciando incluso su engrosamiento para recibir cooperación internacional[44]. El número de 30 000 desaparecidos ha sido fuertemente desafiado por actores que exigen una historia fundamentada y completa que también incluya a las víctimas de los movimientos revolucionarios de la época de los hechos, el Ejército Revolucionario del Pueblo (ERP) y los Montoneros, entre otros[45].

La discusión no está cerrada, en el 2017 se sancionó la Ley 14.910, que en su primer artículo señala:

> Incorporase de manera permanente en las publicaciones, ediciones gráficas y/o audiovisuales y en los actos públicos de gobierno, de los tres poderes de la provincia de Buenos Aires, el término *Dictadura Cívico-Militar*, y el número de *30.000 junto a la expresión Desaparecidos*, cada vez que se haga referencia al accionar genocida en nuestro país, durante el 24 de marzo de 1976 al 9 de diciembre de 1983. [Énfasis añadido]

---

de 1983—, justificada mediante denuncia ante autoridad judicial competente, la ex Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas (Decreto Ley 158/83) o la Subsecretaría de Derechos Humanos del Ministerio del Interior. A los efectos de esta ley se entiende por desaparición forzada de personas, cuando se hubiere privado a alguien de su libertad personal y el hecho fuese seguido por la desaparición de la víctima, o si ésta hubiere sido alojada en lugares clandestinos de detención o privada bajo cualquier otra forma del derecho a la jurisdicción". Otras leyes son la Ley 24.043 de 1991, 24.411 del año 1994, 25.914 del año 2004 y 26.564 del año 2009.

[42] "Después de nueve meses, la Comisión entregó su reporte completo, *Nunca Más*, al presidente. Una versión corta fue publicada por una editorial privada en cooperación con el Gobierno. El reporte inmediatamente fue un *best-seller*: 40.000 fueron vendidas el primer día, 150.000 copias las ocho semanas siguientes. Ha sido reimpreso alrededor de veinte veces, y para 2007 se habían vendido más de 50.000 copias, siendo uno de los libros más vendidos de todos los tiempos en Argentina". Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 46 [traducción libre].

[43] Alocución exgeneral Rafael Videla en los segundos juicios a la Junta Militar. "El juicio a las Juntas: un hito que el paso del tiempo revaloriza", *La Nación*, 22 de marzo de 2016.

[44] "Fernández Meijide: 'La cifra de 30.000 desaparecidos en Argentina fue un invento de los exiliados en España'". *ABC Internacional*, 12 de agosto de 2016.

[45] "Polémica en Argentina por las cifras de desaparecidos de la dictadura", *El País*, 28 de enero de 2016.

Resulta interesante esta forma de poner fin al debate de la verdad a través del derecho, elevando a ley una cifra de importancia simbólica para las organizaciones de derechos humanos, mas, sin embargo, la batalla por la definición del pasado pervive. Las cifras de las víctimas permanecen en discusión. Resuenan disonantes los datos entregados por la Conadep, el Archivo Nacional de Memoria y el Registro Unificado de Víctimas del Terrorismo de Estado (RUV), este último fuertemente criticado por no hacer públicas sus cifras sino únicamente porcentajes, bajo el argumento de falta de claridad de la información disponible por parte del Estado[46].

Nuevos debates han surgido para que se reexamine la historia contada desafiando por lo menos tres componentes del *Nunca Más*: i) la visión de víctimas universales, en desconocimiento de visiones diferenciadas que podrían arrojar mayor claridad sobre, por ejemplo, las violencias sufridas por las mujeres en el contexto de la dictadura cívico militar; ii) la participación de actores cuyas responsabilidades permanecieron mucho tiempo en la penumbra, como los líderes políticos, funcionarios judiciales o los terceros civiles[47]; iii) la escaza historización del conflicto argentino en el informe emitido, que parte desde la llamada *teoría de los dos demonios* de un punto inicial, donde la impávida sociedad argentina se vio asechada por un terrorismo tanto de izquierda como de derecha[48]:

> Así, al igual que el prólogo de la Conadep, el nuevo no historiza el pasado de violencia política y el horror que atravesó el país y omite,

---

[46] "Es claro que todavía queda un largo camino por recorrer respecto a las referencias cruzadas entre los archivos del Conadep y los de otras fuentes, tales como los testimonios en los juicios y los archivos de reparación. El hecho de que se siga discutiendo el número de víctimas, de que no sea público y no se vincule al acceso a la justicia en los juicios actuales es un problema para la obtención de la verdad en el proceso de rendición de cuentas". En Varsky, Carolina y Balardini, Lorena Soledad, *La "actualización" de la verdad a 30 años de Conadep. El impacto de los juicios por crímenes de lesa humanidad, Derechos Humanos, Infojus*; vol. 2, n.º 4; 11 (2013), pp. 27-54.

[47] Ibíd., p. 35.

[48] Camacho Padilla da cuenta de tal situación, mostrando la agencia de las Madres en la búsqueda de responsabilidades individuales y su rechazo a la teoría de los dos demonios: "Así, las Madres rechazaban categóricamente el prólogo de Sábato, donde afirmaba que Argentina vivió convulsionada por el terror causado tanto por la extrema izquierda como por la extrema derecha, interpretación que sería conocida como la 'teoría de los dos demonios'. Tampoco aceptaron la conclusión del informe donde se suponía que los desaparecidos estaban muertos, porque consideraban que tal declaración cerraba el problema en forma definitiva". Camacho Padilla, Fernando, "Memorias enfrentadas: las reacciones a los informes *Nunca más* de Argentina y Chile", *Persona y Sociedad*, vol. 22, n.º 2 (2008), pp. 67-99, p. 70.

> también, las responsabilidades del Estado, las fuerzas armadas, la sociedad política y civil en las desapariciones previas al Golpe. A la vez, postula la relación de la sociedad argentina con el horror desde una mirada inversa al original, pero igual de totalizante, en la que el pueblo, sin fisuras, enfrenta el terror dictatorial y la impunidad. Esta perspectiva simplifica la historia de la lucha por los derechos humanos al eclipsar la soledad que rodeó a los denunciantes del crimen durante la dictadura, desconociendo que las luchas por la verdad, la justicia y la memoria no fueron simultáneas y omitiendo la pluralidad de lecturas sobre ese pasado que se expresan en el país[49].

La historia narrada de esta manera no se reduce a un informe publicado en 1984. Su contenido ha sido plataforma de numerosos diseños institucionales y fue considerado pieza probatoria central en los juicios realizados en busca de responsabilidades penales por lo sucedido[50], impactó la historia enseñada en los colegios[51] y se erigió en una representación icónica del pasado argentino:

> que dado el carácter canónico del *Nunca Más* como interpretación del pasado de violencia política, condición puesta en evidencia por

[49] Crenzel, Emilio, "Dos prólogos para un mismo informe. El *Nunca más* y la memoria de las desapariciones", *Prohistoria*, n.º 11 (2007), pp. 49-60, p. 56.

[50] Crenzel ejemplifica el uso de esta narrativa como base de los procesos judiciales a las Juntas Militares, de la siguiente manera: "La importancia pública del *Nunca Más* se potenció cuando la investigación de la cual fue resultado y su estilo narrativo y expositivo vertebraron la estrategia de la acusación de la Fiscalía en el juicio a las Juntas militares en 1985 y el tribunal legitimó su condición de verdad aceptando su calidad probatoria, y cuando fue adoptado como modelo por las diversas 'comisiones de la verdad' constituidas en América Latina tras los procesos de guerra civil y terrorismo de Estado que atravesaron los países de la región entre las décadas del setenta y noventa del siglo pasado. (Acuña, González Bombal et al., 1995 y Sikkink y Booth Walling, 2006)". Crenzel, Emilio, "Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe *Nunca Más*", *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, n.º 2 (2010), pp. 2-3.

[51] La narrativa del Nunca Más llegó a los colegios como parte de una estrategia pedagógica de difusión. Al respecto, Crenzel señala: "Tercer lugar, el *Nunca Más* fue incorporado a las aulas para transmitir este pasado a las nuevas generaciones. Específicamente, en Ciudad de Buenos Aires, ello por ordenanza municipal número 49.192 del 1 de junio de 1995, fue incluido como texto en las escuelas de enseñanza media (Boletín Municipal de la Ciudad de Buenos Aires, n.º 20.074, 10 de julio de 1995: pp. 102.604). En función de ello, EUDE-BA en febrero de 1997 editó tres mil ejemplares de *Haciendo memoria en el país de Nunca Más*, escrito por tres especialistas en educación". Crenzel, Emilio, "Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe nunca más", cit., p. 26.

> su número de ejemplares vendidos, sus traducciones realizadas en el país y en el exterior, su uso en los estrados judiciales, su constitución como modelo de informes producidos por otras Comisiones de la Verdad, su constitución en vehículo para transmitir un sentido del pasado a las nuevas generaciones, esta historia alumbrará, también, las políticas de la memoria respecto de las desapariciones en Argentina[52].

Teniendo en cuenta su impacto, resulta vital preguntarse si la historia contada a propósito de la experiencia de verdad de la Conadep debe cerrarse o, por el contrario, abrirse a nuevos debates y desafíos históricos. ¿Debe la historia argentina asumir este pasado como si se tratara de una fotografía recuperada luego de ser dolosamente sustraída? ¿Debería ir en busca de nuevas historias aun cuando se amenace el punto de partida de la transición hacia la paz que aún se vive?

3.2. Chile y la Comisión Rettig: ¿verdad global o verdad parcial para la reconciliación?

El golpe militar del 11 de septiembre 1973 en Chile le dio la vuelta al mundo, junto a la noticia del cuestionado suicidio de Salvador Allende, el entonces presidente de la república. Los destinos del país quedaron en manos de la Junta Militar de Gobierno conformada por los jefes supremos de las Fuerzas Armadas, presidida por el general Augusto Pinochet Ugarte. Compartiendo el temor por la amenaza subversiva, en un tiempo en el que el mundo se encontraba dividido entre la insurgencia cubano-soviética y la contrainsurgencia norteamericana por la Guerra Fría, Chile desplegó una estrategia dirigida a erradicar el comunismo[53].

Algunas cifras dan cuenta de alrededor de 1200 personas asesinadas o desaparecidas tras el primer año de gobierno de la Junta Militar, de la mano de un sinnúmero de denuncias relacionadas con torturas y abusos de poder de toda índole. Aunque diferentes organizaciones de derechos humanos documentaron muchos de los casos para llevarlos a conocimiento de los tribunales, Pinochet expidió un decreto ley de amnistía en 1978 en el que se otorgaba perdón judicial por todos los hechos ocurridos desde el golpe militar:

---

[52] Ibíd., p. 3.

[53] Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 47.

> El imperativo ético que ordena llevar a cabo todos los esfuerzos conducentes a fortalecer los vínculos que unen a la nación chilena, dejando atrás odiosidades hoy carentes de sentido, y fomentando todas las iniciativas que consoliden la reunificación de los chilenos […]
>
> Artículo 1º. Concédase amnistía a todas las personas que, en calidad de autores, cómplices o encubridores hayan incurrido en hechos delictuosos, durante la vigencia de la situación de Estado de Sitio, comprendida entre el 11 de septiembre de 1973 y el 10 de marzo de 1978, siempre que no se encuentren actualmente sometidas a proceso o condenadas. Amnistíese, asimismo, a las personas que a la fecha de vigencia del presente decreto ley se encuentren condenadas por tribunales militares, con posterioridad al 11 de septiembre de 1973[54].

En 1980 Pinochet promovió una enmienda constitucional que lo hizo comandante en jefe del Ejército hasta 1998 y luego, senador vitalicio. El fuerte apoyo popular del que gozó complejizó la labor del presidente que lo sucedió en 1990, Patricio Aylwin Ozócar, quien llegó al poder con una política de reconciliación, a partir de la reconstrucción de una verdad global: "Solo desde la certeza de lo ocurrido en cada episodio individual, podrá describirse un cuadro lo más completo posible de la globalidad del fenómeno de violación a estos derechos fundamentales"[55].

La tarea fue encomendada a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, integrada por ocho miembros. La verdad que se buscaba no podía ser cualquiera, sino aquella que contribuyera de manera decisiva con la reconciliación: "Sin perjuicio de lo anterior la Comisión entendió desde el comienzo, que la verdad que debía establecer tenía un fin preciso: colaborar a la reconciliación de todos los chilenos"[56].

Su mandato, reducido a nueve meses con posibilidad de ampliarse tres meses más, fue cumplido en estricto respeto del tiempo. Fue así como en febrero de 1991 la Comisión entregó su informe, conocido como Informe

---

[54] Decreto Ley 2191 de 1978.

[55] Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, vol 1, tomo 1, Andros Impresores, Santiago de Chile, 1996, p. 1.

[56] Ibíd., cit., p. 10.

Rettig por su presidente Raúl Rettig Guissen, un reconocido jurista chileno. El documento que condensa la labor de los comisionados ha sido de vital importancia para la construcción de la transición hacia la paz en Chile, aun cuando su difusión se viera opacada por el asesinato de uno de los ideólogos de la Constitución de Chile, el senador Jaime Guzmán Errázuris, afín al gobierno Pinochet, atribuido al Frente Patriótico Manuel Rodríguez, un grupo alzado en armas contra la dictadura instaurada desde 1973[57].

Aunque estos hechos opacaron el lanzamiento del informe, su contenido se dio a conocer en sus principales apartados por la prensa, registrando por lo menos 3550 denuncias y alrededor de 2296 casos documentados. El universo de víctimas identificado, así como los hechos considerados probados, impulsaron la creación de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación[58], que tuvo por objeto la

> coordinación, ejecución y promoción de las acciones necesarias para el cumplimiento de las recomendaciones contenidas en el Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación y especialmente promover la reparación del daño moral de las víctimas de violaciones a los derechos humanos o de violencia política, promover y coadyuvar a las acciones tendientes a determinar el paradero y las circunstancias de la desaparición o muerte de las personas detenidas desaparecidas y de aquellas que, no obstante existir reconocimiento legal de su deceso, sus restos no han sido ubicados[59].

---

[57] Cuadros Garland narra el escenario de violencia en el que se gestó la publicación del informe Rettig: "El informe Rettig fue presentado como una contribución para evitar que este tipo violencia política volviese a ocurrir en Chile. Sin embargo, contra todo pronóstico, al coincidir con el asesinato del principal ideólogo de la Constitución de 1980, aún vigente, Jaime Guzmán, por miembros del Frente Patriótico Manuel Rodríguez Autónomo (organización derivada del antiguo brazo armado del Partido Comunista), la publicación del informe no generó un debate público. Tal acontecimiento parece haber sido motivo suficiente para suspender la emergente reflexión nacional sobre las violaciones de los derechos humanos en Chile". Cuadros Garland, Daniela, "La Comisión Rettig o la fábrica de un relato 'consensuado' sobre crímenes de Estado en Chile. Actores y controversias", en Santamaría, Angela y Vecchioli, Virginia (eds.), *Derechos humanos en América Latina. Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Centro de Estudios Políticos e Internacionales, Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2008, p. 73. Ver también Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 48.

[58] Ley 19.123 de enero 31 de 1992.

[59] Ibíd.

El informe abrió una puerta a un pasado reciente que permanecía oculto, sin embargo, fuertes cuestionamientos siguieron a la verdad global defendida por la Comisión para buscar la reconciliación:

> El hecho de que fuera el propio Estado quien elaboró el informe dio a esa verdad un fuerte peso legitimador. Pero esta verdad respondía a una necesidad político-social que había que solucionar en ese preciso momento, *la reconciliación* —tal como indicaba su propio nombre—. La reconciliación iba a condicionar el mismo contenido del informe[60].

Ir tras la verdad, siempre y cuando traiga consigo la reconciliación, desafía la noción pura y simple de verdad:

> Una verdad integral podía alterar la vida política de Chile o incluso amenazar la estabilidad de su recién instaurada democracia. Entonces, la mejor opción fue lograr una verdad consensuada, en cuya búsqueda participaran las distintas partes involucradas cediendo "de alguna manera, sacrificando una parcela de su visión de la realidad y de sus planteamientos". Y la mejor manera fue restringirla con el poder que el decreto de creación atribuyó a la comisión, pero también el marco jurídico que les imponía el Derecho en el que operaron[61].

El informe fue de igual forma cuestionado por dar cuenta de una verdad parcial que solo hablaba de los torturados, siempre y cuando hubiesen terminado muertos. El capítulo excluido de la tortura se justificó por el poco tiempo otorgado a la Comisión para desplegar su misión y por la ausencia de pruebas científicas que de manera fidedigna demostraran la ocurrencia de este tipo de hechos:

> La tortura también debe caracterizarse como una de las más graves violaciones y este informe trata de la práctica de la tortura

---

[60] Camacho Padilla, Fernando, "Una memoria consensuada: el Informe Rettig", *V Congreso Chileno de Antropología*, San Felipe (Chile), noviembre 2004, vol. 2, 2004, p. 1054.

[61] Ibíd., p. 1057.

> durante el periodo que ha estudiado, como no podía menos de hacerlo. Sin embargo, no se pronuncia, caso a caso, sobre quiénes fueron víctimas de tortura, a menos que de las torturas haya resultado la muerte, o que el hecho de la tortura haya sido importante para formarse convicción sobre aspectos esenciales del caso, como ser, irregularidades de los Consejos de Guerra o inverosimilitud de la supuesta fuga de los detenidos. Formalmente, esta restricción esta impuesta por el decreto que creó la Comisión[62].

Fue tal el impacto generado por el capítulo excluido de la tortura que las presiones sociales generaron nuevas comisiones para explorar el pasado, partiendo de una Mesa de Diálogo entre 1999 y el 2000 con el objetivo de establecer el destino de los desaparecidos, y, posteriormente, la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, en sus fases I y II (Comisión Valech I[63] y II[64]), prolongando los esfuerzos de verdad hasta la fecha.

Sin embargo, la verdad pretendida resultó esquiva por múltiples razones, entre ellas, el intento de ser reconstruida sin la participación de los militares acusados socialmente como autores de hechos de atrocidad masiva[65], que

---

[62] La ausencia de certeza sobre los hechos asociados a la tortura generó en última instancia su exclusión definitiva del infirme: "Pero la Comisión entendió que había también una razón de fondo para tal limitación: el examen pormenorizado de denuncias individuales sobre tortura, que cabía esperar hubieran sido muy numerosas, habría retardado inevitablemente este informe, cuya pronta conclusión el país tenía derecho a esperar. Además, dado el tiempo transcurrido y las circunstancias en que, por lo general, la tortura fue aplicada, en gran número de denuncias específicas se habrían presentado insuperables dificultades para llegar a una conclusión en conciencia. Tales dificultades no se dan, en cambio, si se trata de formarse opinión sobre la práctica de la tortura, en términos generales. De hecho, la Comisión pudo contar con abundantes y concluyentes elementos de convicción sobre las características y extensión de esta gravísima práctica". Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, *Informe de la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación*, cit., p. 12.

[63] La Comisión Valech fue creada mediante Decreto Supremo 1.040 de 2003 del Ministerio del Interior. Se dio a conocer como Comisión Valech, en atención a su presidente, el obispo de religión católica Sergio Valech.

[64] Ley 20.405 de 2009, art. 3° transitorio.

[65] Desde la visión de Bengoa, la tensión justicia-paz se evidencia en el caso chileno como correlato de una impunidad social que difícilmente puede ser medida: "Es muy difícil medirlo con tan poca distancia histórica. La impunidad social de la que goza un sector de victimarios, condición necesaria, aunque no deseada, de la reconciliación pactada, es sin duda un precio muy alto". Bengoa, José, "Reconciliación e impunidad: los derechos humanos en la transición democrática", *Revista* Proposiciones, vol. 25, n.º 1 (1994), pp. 39-46, p. 49.

empezaron a ser enjuiciados de forma tardía[66]. El hecho de compartimentalizar la verdad a través de comisiones con mandatos reducidos, que respondían a estándares de certeza judicial y con estipulaciones de reservas[67] alejó a Chile de la posibilidad de realizar conexiones entre hechos generadores de daños, contribuir a la definición de responsabilidades individuales y colectivas, aportando a nuevas compresiones del pasado, elementos que pueden explicarse por el tipo de verdad que quería alcanzarse, funcional a la transición hacia la paz que quería construirse:

> A pesar de la existencia de estas situaciones, no se puede menos que afirmar que la estrategia de "reconciliación pactada" que se diseñó, tuvo un singular éxito. Desde lo más alto del Estado, se aplicó una política de "aquietar" los ánimos, de terminar un periodo de guerra, de "bajar el tono" de los debates. Una actitud madura y serena que la sociedad chilena va a reconocerle a sus gobernantes por mucho tiempo[68].

La verdad global construida marcó el inicio de un debate sobre el pasado chileno no exenta de complejidades y contradicciones. Autores como Stern y Winn presentan este fenómeno como una constante de batallas por la

---

[66] "Para el fin de 2009, a 779 oficiales se les habían formulado cargos por violaciones a los derechos humanos, alrededor de 200 habían sido procesados y juzgados, con 59 cumpliendo pena efectiva de prisión". En Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", cit., p. 47 [traducción libre]. Ver también: "A 44 años del golpe de Pinochet, en Chile siguen luchando contra la impunidad", *New York Times*, 11 de septiembre de 2017.

[67] La Comisión Valech fue fuertemente criticada por estipular una reserva de cincuenta años sobre la información recolectada, incluso frente a autoridades judiciales. Para algunos autores, el costo social de la reserva es muy alto e impacta de manera negativa la posibilidad de aportar a la comprensión del pasado chileno y la búsqueda de respuestas por parte de las víctimas directas e indirectas. Cfr. Comisión de Derechos Humanos y Pueblos Originarios de la Cámara de Diputados. El carácter secreto de los antecedentes de la Comisión Valech: derechos humanos y experiencia extranjera. Documento elaborado en el marco de la discusión del "Proyecto de ley que establece el carácter público de los antecedentes recogidos durante el funcionamiento de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura, llamada también Comisión Valech", *Boletín* n.° 9598-17), en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/23843/1/FINAL%20-%20COMISIÓN%20-%20El%20secreto%20de%20los%20antecedentes%20de%20la%20Comisión%20Valech.pdf (consultado el 16 de junio de 2019).

[68] Bengoa, José, "Reconciliación e impunidad: los derechos humanos en la transición democrática", *Revista Proposiciones*, vol. 25, n.º 1 (1994), pp. 39-46, p. 48.

memoria libradas en el Cono Sur, a propósito de los pasados dictatoriales[69]. En el caso de Chile, la lucha vino definida por el intento de hacer prevalecer una interpretación de los hechos que se vivieron desde el 11 de septiembre de 1973 y la llegada violenta del gobierno militar al poder, y su aparente fin, con el llamado plebiscito de 1988[70]. Desde la perspectiva de los autores, estas luchas hacen parte de la historia chilena y dan cuenta de las dinámicas que han tenido las batallas de la memoria en ese país, buscando crear un *nuevo sentido común*. La memoria es, desde esta perspectiva, una conquista política de los vencedores sobre los hechos del pasado, por los que aún se libran batallas constantes en el presente[71]. Desde esta perspectiva, vale la pena preguntarse: ¿puede entenderse la verdad chilena como una verdad global con fines de reconciliación aun cuando deje de lado hechos victimizantes y presuntos responsables? ¿Deberían considerarse los informes de las comisiones un punto de partida y permitir el surgimiento de nuevas verdades? ¿Qué retos aparejaría el surgimiento de nuevos relatos del pasado para el delicado equilibrio construido sobre los cimientos de la reconciliación?

3.3. Colombia: entre memoria, historia y verdad

La búsqueda sobre el detonante de la violencia colombiana y el llamado a la historia para definir esta contienda ideológica se ha entregado a los estudiosos de esta disciplina en diferentes momentos históricos, a través de las llamadas *comisiones de investigación sobre las causas de la violencia.* Colombia encuentra importantes antecedentes de estas figuras en la Comisión Investigadora creada por el Frente Nacional en 1958; la Comisión de Expertos de 1987 y el Grupo de Memoria Histórica, que adelantó su mandato entre 2007 y 2011[72]. Desde

---

[69] Winn, Peter et al., *No hay mañana sin ayer: batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2014, pp. 205-206.

[70] Los autores muestran cómo el simple hecho de llamar al gobierno de Augusto Pinochet como "gobierno militar" o como "dictadura" es una muestra de esa pugna constante por dominar las significaciones del pasado. Ibíd., p. 205.

[71] "A pesar de que el gobierno militar llegó a su fin, la lucha por su memoria y su significado no lo hizo". Ibíd., p. 205.

[72] En Colombia han existido por lo menos doce comisiones sobre la violencia, "concebidas como herramientas para contribuir a la superación de la violencia crónica que ha soportado el país". Jaramillo, Jefferson, *Pasados y presentes de la Violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación (1958-2011)*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014, p. 34.

esta visión, su historia no está únicamente ligada a la violencia, sino también a numerosos episodios de paz y reconciliación[73].

El Grupo de Memoria Histórica (GMH) nace en el año de 2007 como parte de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, en un polémico contexto en el que pretendió integrarse la seguridad democrática (mano dura contra el terrorismo), la reconciliación y la memoria histórica[74]. El instrumento normativo que posibilitó su creación fue la Ley 975 de 2005 o Ley de Justicia y Paz, primer instrumento normativo catalogado formalmente en Colombia como de "justicia transicional" y alrededor del cual se generó, en medio de polémicas, un despliegue de pronunciamientos de la Corte Constitucional que permitieron definir con mayor precisión los derechos de las víctimas en el entramado de la violencia colombiana, y dar apertura a un gran debate sobre la concepción de justicia que acompañaría la transición y lo que se esperaba de los victimarios y del Estado mismo[75].

La misión fundacional del GMH fue la reconstrucción global del conflicto armado colombiano, fijándole como mandato presentar un informe público sobre las razones para el surgimiento y evolución de los grupos armados ilegales, así como recomendar criterios para reparaciones[76]. El GMH entregó dos informes consolidados en 2017 y 2010. Su papel fue de trascendental importancia en una atmósfera donde, al tiempo que se abrían las puertas a la transición hacia la paz, se negaba la existencia de un conflicto armado interno en Colombia[77].

Pese a su pequeño margen de funcionamiento, el Grupo de Memoria Histórica adoptó la forma de Centro de Memoria Histórica en 2011 (CNMH), con ocasión de la expedición de la Ley 1448 de 2011 o Ley de Víctimas y

---

73 Karl, Robert A., *Forgotten peace: Reform, violence, and the making of contemporary Colombia*, vol. 3. University of California Press, California, 2017.

74 Jaramillo, Jefferson, *Pasados y presentes de la Violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación (1958-2011)*, cit., p. 159.

75 Corte Constitucional, Sentencia C-775 de 2003: "La verdad, la justicia y la reparación se erigen como bienes cardinales de toda sociedad que se funde en un orden justo y de pacífica convivencia, entre los cuales median relaciones de conexidad e interdependencia, de manera tal que: *no es posible lograr la justicia sin la verdad. No es posible llegar a la reparación sin la justicia*" (énfasis añadido).

76 Ley 975 de 2005, artículo 50 y ss.

77 Véase, por ejemplo, Betancur, Juan Gonzalo, "Conflicto armado interno vs. amenaza terrorista: la disputa por un concepto", *Reflexión Política*, vol. 12, n.o 24 (2010); y Gaviria Vélez, José Obdulio, *Sofismas del terrorismo en Colombia*, Planeta, Bogotá, 2005.

Restitución de Tierras, lo que le permitió tener una estructura más sólida y dar mayor difusión a su trabajo[78], pasando de un equipo de cuarenta personas a uno de alrededor de trecientos funcionarios y contratistas[79]. La Ley de Víctimas, estableció la creación del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas de la Violencia (SNARIV) integrado por treinta y dos entidades del Estado[80] y hace un reconocimiento más amplio del conflicto incluyendo a los actores que hayan generado un daño por hechos ocurridos a partir del 1° de enero de 1985, como consecuencia de graves infracciones al derecho internacional humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos (art. 3°), una fuerte discusión en Colombia que tropieza con la necesidad de poner un punto de partida a las reparaciones y que tropieza con la necesidad de conocer y reconocer el pasado de las violencias en el país.

La decisión de ubicar como punto de inicio el año de 1985 estuvo motivada por la presión de los movimientos de víctimas que exigían abrir el espectro de reconocimiento para no excluir a las víctimas de la toma del Palacio de Justicia por parte del M-19 y la retoma por parte del Ejército Nacional[81]. Los hechos del 6 y 7 de noviembre de 1985, asociados a la toma del Palacio de Justicia, motivaron la creación de una comisión judicial de la verdad, integrada por magistrados de las Altas Cortes en Colombia[82].

El CNMH tuvo una importante producción de informes temáticos y un informe emblemático que recibió el nombre de *¡Basta ya! Colombia, memorias de guerra y dignidad*, que tuvo como objetivo integrar análisis fragmentados[83]. Su producción, desde tiempos del GMH, puede agruparse en tres etapas: una fundacional formativa (2007-2011); una de consolidación integradora y de transformación (2011-2013); y una de sistematización, ampliación y

[78] Ver, Decreto Reglamentario 4803 de 2011.

[79] CNMH, *La memoria nos abre camino. Balance metodológico del CNMH para el esclarecimiento histórico*, Bogotá, 2018, p. 30.

[80] Ley 1448 de 2011, artículo 159.

[81] Corte Constitucional colombiana, sentencias C-250 de 2002 y C-253 A de 2012.

[82] Gallego, Jorge Aníbal, Herrera Vergara, José Roberto y Pinilla, Nilson, *Informe de la Comisión de la Verdad sobre los hechos del Palacio de Justicia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

[83] CNMH, *Basta Ya: Colombia, memorias de guerra y dignidad*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2013.

diversificación (2013-2017)[84]. La información que condensa señala que más de 300 000 colombianos perdieron la vida o desaparecieron forzosamente y alrededor de 6 000000 abandonaron sus hogares viéndose obligados a desplazarse contra su voluntad, en medio de un conflicto interno que se ha prolongado más de medio siglo[85].

Recientemente, Colombia vivió una nueva iniciativa de recuperación del pasado, esta vez con un llamado a la historia. Su respuesta vino dada por el informe de la Comisión Histórica sobre el Conflicto y sus Víctimas (en adelante, CHCV[86]), el cual debía ser "un insumo fundamental para la comprensión de la complejidad del conflicto y de las responsabilidades de quienes hayan participado o tenido incidencia en el mismo, y para el esclarecimiento de la verdad. En esa medida, será un insumo básico para una futura comisión de la verdad y contribuirá a la reconciliación"[87].

La CHCV se instaló en La Habana, Cuba, el 21 de agosto de 2014. Fue creada por la Mesa de Paz en desarrollo del "Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera" entre el Gobierno Nacional de Colombia y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia Ejército Popular, el 26 de agosto de 2012 y, a diferencia de las comisiones que la precedieron, sus miembros fueron escogidos de común acuerdo por los negociadores de La Habana e integrada por doce expertos[88] con la misión de elaborar un informe sobre tres puntos definidos por la Mesa de Paz: i) orígenes y múltiples causas del conflicto; ii) principales factores y condiciones que han facilitado o contribuido a la persistencia del conflicto; iii) efectos o impactos más notorios del conflicto sobre la población.

---

[84] CNMH, *La memoria nos abre camino. Balance metodológico del* CNMH *para el esclarecimiento histórico*, Imprenta Nacional, Bogotá, 2018.

[85] Ibíd., p. 11.

[86] Para una versión ampliada del caso colombiano, véase Luna Blanco, Tania, "Historia legal y conflicto armando en Colombia: entre el derecho fallido y la violencia cohonestada", cit.

[87] Comunicado n.º 40 de la Mesa de Paz de La Habana.

[88] La CHCV estuvo compuesta por un abogado (Víctor Manuel Moncayo) y un sociólogo (Eduardo Pizarro Leongómez) como relatores; un periodista (Vicente Torrijos), un economista (Jairo Estrada Álvarez), un literato (Gustavo Duncan), una politóloga (María Emma Wills), un sacerdote (Javier Giraldo, S. J.), un historiador (Renán Vega), un sociólogo (Alfredo Molano), dos antropólogos (Darío Fajardo y Francisco Gutiérrez), y dos filósofos (Sergio de Zubiría y Gorge Jiraldo). La mayoría con posgrados en historia, filosofía, conflicto, desarrollo y sendas publicaciones en materia de violencia en Colombia.

Empero, y cuando se esperaba un informe revelador[89] "sobre lo que pasó, por qué pasó y cómo superarlo"[90], las más de ochocientas páginas del texto entregado son un resumen de los textos clásicos de los comisionados, quienes además son autores de larga trayectoria sobre la materia; con un esfuerzo adicional por tender puentes comunicantes entre sus múltiples visiones sobre los orígenes de la violencia y las condiciones que han posibilitado su perpetuación. Aun cuando el informe aclara que pretende ser el inicio de un gran debate nacional y descarta cualquier categorización como un informe de *historia oficial* que pueda generar efectos jurídicos[91]: "Estamos lejos, pues, de una imposible e indeseable 'historia oficial' o de una igualmente imposible e indeseable 'verdad única'. Por el contrario, estos ensayos deben servir para que la Mesa de Paz y los colombianos en general abran una amplia discusión sobre lo que nos pasó, por qué nos pasó y cómo superarlo"[92], deja abierta la posibilidad de servir de base o plataforma para diferentes reformas e incluso coadyuvar al diseño de políticas públicas:

> Al poner el acento en estas tareas siempre postergadas, estos ensayos pueden contribuir al diseño de un postconflicto en paz, sólido y duradero. Es decir, los análisis presentados por los comisionados pueden tener no solamente un valor analítico, sino que podrán coadyuvar al diseño de políticas públicas necesarias y urgentes para consolidar la paz[93].

Más aun cuando se señala "el fracaso o aplazamiento indefinido de reformas sociales como uno de los males de la sociedad colombiana"[94]. Esa tendencia a advertirnos sobre las reformas jurídicas y políticas necesarias para

---

[89] Sobre este tema han empezado a surgir ya columnas de opinión. Ver, por ejemplo, *Semana*, "El Fracaso de la Comisión Histórica del Conflicto", en http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-el-fracaso-de-la-comision-historica-del-conflicto/426078-3 (consultado el 2 de mayo de 2015).

[90] *Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, 2014, p. 5.

[91] De conformidad con el Comunicado n.º 40 de la Mesa de Paz, el informe de la CHCV no puede generar ningún tipo de efecto jurídico: "Respecto del mandato, el informe no debe atribuir responsabilidades individuales y no debe ser escrito con el propósito de producir efectos jurídicos". Comunicado disponible en https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-05-de-agosto-de-2014 (consultado el 16 de abril de 2015).

[92] *Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, cit. p. 5.

[93] Ibíd., p. 6.

[94] Ibíd., p. 15.

el cambio social no es nueva en la historiografía sobre el conflicto armado colombiano. La historia que se ha contado sobre este tema siempre ha estado atada al reformismo: *algo debe cambiar para alcanzar la anhelada promesa de paz y la transformación social*. Raras veces un estudioso del tema se dedica a analizar a profundidad un fenómeno asociado al conflicto colombiano sin sucumbir a la tentación inevitable de formular un remedio social o de contribuir a su superación[95], de ahí que sea *vital* encontrar la causa que generó la situación de violencia que vivimos o los factores que posibilitan su existencia y reproducción.

En este sentido, los textos sobre violencia en Colombia siempre intentan abordar temáticas asociadas a "la determinación del tiempo histórico, las continuidades y rupturas entre el periodo de la Violencia y el conflicto actual, la caracterización del conflicto armado interno, la determinación de los agentes responsables, los factores que han incidido en la emergencia de las guerrillas en los años sesenta y los paramilitares en los años ochenta, la valoración del Frente Nacional, los factores explicativos de la nueva ola de violencia a partir de los años ochenta, los factores que han incidido en la prolongación del conflicto armado en Colombia a diferencia del resto de América Latina, el universo de víctimas, los sufrimientos padecidos y las responsabilidades de los distintos actores, los impactos de la violencia en la cultura, la democracia, la equidad y la protesta ciudadana, la caracterización de la rebelión armada en Colombia, ya sea que esté caracterizada como legítima o, al contrario, como una guerra injusta"[96], y los mismos temas son abordados en los informes de la Comisión Histórica sobre el Conflicto y sus víctimas.

Se hace referencia a ciertos hechos que se consideran desencadenantes de la violencia, como "la cuestión agraria, la debilidad institucional, la honda

---

[95] Resulta interesante ver al reformismo jurídico como un fenómeno social que aqueja a los académicos en diferentes tiempos y momentos: Gurvitch, George, *Elementos de sociología jurídica*, Comares, Granada, 2002; y Gurvitch, George, *La vocación actual de la sociología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970. Sobre una visión del reformismo jurídico y la forma en que limita nuevas comprensiones del papel del derecho, véase Alviar García, Helena, *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: propuesta para un análisis distributivo*, Temis-Universidad de los Andes, Bogotá, 2008; Jaramillo Sierra, Isabel Cristia, *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013; y Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso Sierra, Tatiana, "El derecho como distribución y legitimación", en *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, pp. 197-265.

[96] *Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, cit., p. 7.

desigualdad de ingresos, tendencia al uso simultáneo de armas y urnas o la presencia precaria o, en algunas ocasiones, traumática del Estado en muchas regiones del territorio nacional. La historia de Colombia es, desde esta perspectiva, la historia de la postergación indefinida de cambios innecesarios, tanto en las instituciones estatales y en las estructuras sociales, como en la conducta de los actores"[97].

Esta visión recurrente en la historiografía sobre el conflicto armado en Colombia, y que se presenta permanentemente en los análisis sobre el tema, puede rastrearse desde el trabajo del francés Pierre Gilhodes[98] y se consolida con el de otro francés, Paul Oquist[99] en la llamada tesis del colapso o derrumbe parcial del Estado. Tal derrumbe tiene que ver con:

> La quiebra de las instituciones parlamentarias, policiales, judiciales y electorales; la pérdida de legitimidad del Estado entre grandes sectores de la población y la utilización concomitante de altos grados de represión; la resolución de conflictos partidistas de forma sectaria; las contradicciones profundas dentro del aparato armado del Estado; la ausencia física de la administración pública en grandes áreas rurales y geográficas[100].

Colombia ha realizado esfuerzos por recuperar y dar sentido al pasado de violencias vivido, articulando como estrategia comisiones de memoria e historia del conflicto armado. A estas iniciativas se suma hoy la recientemente creada Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición con un mandato de seis meses de preparación y tres años de funcionamiento (2018-2020)[101]. El objetivo central de este organismo extrajudicial, que

---

[97] Ibíd., p. 6.

[98] Gilhodes, Pierre, *La question agraire en Colombie, 1958-1971*, Armand Colin, París,1974.

[99] Oquist, Paul, Violencia, conflicto y política en Colombia, Instituto de Estudios Colombianos, IEC, Bogotá, 1978.

[100] *Informe de la Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas*, cit. p. 26.

[101] Integran la Comisión Francisco José de Roux (presidente), Alejandra Miller, Alejandro Valencia Villa, Ángela Salazar, Alfredo Molano Bravo, Marta Ruiz, Carlos Martín Beristain, Lucía González, Carlos Guillermo Ospina, Patricia Tobón Yagarí y Saúl Franco.

hace parte del Sistema Integral de Verdad, Justicia y Reparación (SIVJRNR)[102], es brindar un informe sobre las

> *prácticas y hechos que constituyen graves violaciones a los derechos humanos y graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario* (DIH), en particular aquellas que reflejen patrones o tengan un carácter masivo, que tuvieron lugar con ocasión del conflicto armado, así como la complejidad de los contextos y las dinámicas territoriales en las que estos sucedieron y, las *responsabilidades colectivas del Estado*, incluyendo del Gobierno y los demás poderes públicos, de las FARC-EP, de los paramilitares, así como de cualquier otro grupo, organización o institución, nacional o internacional, que haya tenido alguna participación en el conflicto, por las prácticas y hechos a los que se refiere el numeral anterior[103] (énfasis añadido).

La Comisión ha empezado su trabajo presentando, desde sus inicios, problemas relacionados con la elección de sus integrantes[104], el acceso a la información[105], la solicitud de archivos a la Fuerza Pública desde el año 1953[106] y la financiación de su quehacer[107]. El temor a la atribución de responsabilidades quedó condensado en el Decreto de creación de la Comisión y en las múltiples declaraciones de los comisionados en las que han señalado con

[102] Véase actos legislativos 01 de 2016 y 01 de 2017 y Corte Constitucional, Sentencia C-017 de 2018.

[103] El extenso mandato de trece numerales se encuentra completo en el artículo 11 del Decreto 588 de 2017.

[104] "Los riesgos de la Comisión de la Verdad", *Semana*, 4 de agosto de 2017.

[105] La prohibición de acceso a la información que reposa en entidades públicas a la Comisión de la Verdad y a la Unidad de Búsqueda de Personas Desaparecidas reposa en el proyecto de Acto Legislativo 087 de 2018, que fue archivado en el Congreso de la República. Sobre el tema, el presidente de la Comisión opinó: "Como presidente de la Comisión de la Verdad es mi obligación expresar mi protesta e indignación por lo que se expresa en la exposición de motivos del legislador. Esto es falso, injusto, vulnerador de nuestra ética. Quiero dejar claro que la Comisión de la Verdad está conformada por cinco mujeres y seis hombres con ética. Es una comisión que no hace política, sino que lucha contra las mentiras, los silencios y el miedo. Porque sobre estas no se puede cimentar la verdad, la paz ni el estado de derecho". En "Proyecto contra la verdad inició su trámite", *El Espectador*, 18 de octubre de 2018.

[106] "Los archivos de inteligencia para reconstruir la verdad", *El Espectador*, 12 de julio de 2018.

[107] "Comisión de la Verdad, con menos recursos para funcionar", *El Espectador*, 15 de febrero de 2019.

vehemencia que su función no será acusar o provocar juicios personales[108]. Uno de sus grandes retos estará determinado por el tipo de verdad que será construida y la forma en la que se relacionará con instituciones que trabajarán de igual forma en el pasado, produciendo de manera permanente relatos de memoria histórica, como el Centro Nacional de Memoria Histórica[109]; o de verdad judicial, como la Justicia Especial para la Paz.

Colombia parece haber construido numerosos espacios de reconstrucción del pasado que revisten las formas de comisiones de historia, memoria y verdad, sin embargo, los contornos de estas tres formas de reflexión sobre el pasado, como hemos visto a lo largo de este texto, son distintas. La proliferación de narrativas sobre las violencias parece responder de manera positiva a la necesidad de alejarse de una verdad única u oficial; pero, a su vez, y de manera negativa, a la búsqueda de una verdad estructural que analice al conflicto armado, no como un hecho en sí mismo, del cual se desprenden numerosos relatos de dolor y resiliencia, sino como una realidad que debe historiarse. El mandato de la actual Comisión de la Verdad parece ser una tarea gigantesca, que podría culminar en un informe resumen de los esfuerzos de memoria e historia del pasado o en una miscelánea de relatos de las víctimas, si no se define de manera temprana el tipo de verdad que busca y la manera en que sus esfuerzos coincidirán o se distanciarán de los esfuerzos del pasado.

---

[108] El Decreto 588 de 2017 aborda en el artículo 4º el carácter extrajudicial de la Comisión: "La CEV será un mecanismo extrajudicial. Por tanto, sus actividades no tendrán carácter judicial, ni servirán para la imputación penal ante ninguna autoridad jurisdiccional. La información que reciba o produzca la CEV no podrá ser trasladada por ésta a autoridades judiciales para ser utilizada con el fin de atribuir responsabilidades en procesos judiciales o para tener valor probatorio, ni las autoridades judiciales podrán requerírsela. La CEV podrá solicitar la información que requiera para el cumplimiento de su mandato ante los magistrados, jueces y organismos de investigación, de acuerdo con los protocolos que, de conformidad con el artículo 18, se establezcan para el efecto, siempre respetando las garantías del debido proceso. Los documentos que reciba la CEV que puedan constituir prueba documental, y no sean versiones o testimonios verbales o escritos que una persona dé a la CEV, no perderán su valor probatorio ni su utilización por la CEV interferirá los procesos judiciales en curso".

[109] Recientemente el CNMH vivió una crisis motivada por el cambio de su director Gonzalo Sánchez a Darío Acevedo. El cambio se produjo en el contexto del nuevo gobierno del presidente de la República, Iván Duque. El cuestionamiento se produjo en tanto Acevedo había sido conocido como uno de los defensores de la tesis negacionista del conflicto armado y del CNMH, que hoy dirige. Véase "Darío Acevedo fue nombrado director del Centro de Memoria Histórica", *El Espectador*, 19 de febrero de 2019; y "Nos sorprende que usted haya aceptado el cargo: carta a Darío Acevedo", *El Tiempo*, 28 de febrero de 2019.

A manera de conclusión: hacia una historia latinoamericana de los conflictos, las paces y las reconciliaciones

El presente capítulo tuvo como objetivo evaluar, desde la experiencia de tres países distintos, el papel que han jugado las comisiones de memoria y verdad en la reconstrucción del pasado de los conflictos latinoamericanos, deteniéndose en la manera en la que las narrativas producidas por dichas comisiones, aun obedeciendo a estándares de independencia e imparcialidad, han captado o cooptado la historia de los conflictos armados y las violencias dictatoriales. El texto destaca el potencial de estos espacios para reconocer a las víctimas y resignificar las violencias, pero alerta de igual forma sobre su potencial de erigirse en peligrosas historias oficiales del conflicto latinoamericano.

De esta manera se demuestra que las comisiones de memoria, historia o verdad difícilmente escapan a la tensión conceptual *memoria, historia y verdad judicial*; por ello y como se dijo, es necesario poner sobre la mesa de discusión la capacidad que tienen de cristalizar el pasado impulsando una sola de sus visiones, reconocer conflictos, víctimas y victimarios en desconocimiento de otros, y servir de base para rediseños institucionales y transformaciones normativas que parten de las narrativas construidas, aceptadas y muy pocas veces cuestionadas desde escenarios académicos. En los casos estudiados, se da evidencia de la forma como esto sucede. Las narrativas desarrolladas han adquirido fuerza histórica a través de la difusión de los informes producidos, su enseñanza obligatoria en los colegios, y en algunos escenarios, como el argentino, la cristalización a través de leyes oficiales de cifras y expresiones para hacer referencia al pasado de atrocidad masiva, máxime cuando se les pide, como en los casos chileno y colombiano, trabajar en función de la reconciliación y el diseño del futuro en paz que se espera.

Cuando se cuestionan estos espacios salen a la luz sus principales limitaciones: la voz silenciada de los vencidos y la permanente —aunque invisibilizada— guerra de memorias en la lucha por la definición del pasado; los relatos fragmentados del pasado en desmedro de visiones estructurales que expliquen el porqué de la existencia de esos relatos fragmentados, o viceversa; la particular fragilidad de estas estructuras que deben cargar durante un tiempo restringido y con recursos limitados, con el peso del *pasado* en el *presente* para el rediseño de un *futuro* que garantice el silencio de los fusiles, la inoperatividad de las tanquetas, la inexistencia de centros clandestinos de

detención, el horror de las torturas, de las desapariciones y, en general, de la atrocidad masiva; la dificultad de hablar de un proyecto universal de justicia transicional desde su componente de verdad, teniendo como muestra numerosas experiencias heterogéneas e inconclusas.

Pero ¿qué alcances están teniendo los informes presentados por estas comisiones en la narración de los conflictos latinoamericanos? ¿Cómo deben coexistir los relatos producidos por estas comisiones con las otras historias de paz y reconciliación que se escriben diariamente en América Latina? El debate de la memoria, la historia y la verdad se encuentra abierto y con él la posibilidad de revitalizar el pasado con nuevas preguntas. El texto presentado es tan solo una contribución a ese propósito.

Bibliografía

Alviar García, Helena, *Derecho, desarrollo y feminismo en América Latina: propuesta para un análisis distributivo*, Temis-Universidad de los Andes, Bogotá, 2008.

Amstutz, Mark R., *The healing of nations: The promise and limits of political forgiveness*. Rowman & Littlefield, Oxford, 2005.

Arendt, Hannah, *Eichmann in Jerusalem. A report on the banality of evil*, Penguin, New York, 2006.

Arthur, Paige, "How 'Transitions' Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice", *Human Rights Quarterly*, vol. 31, n.º 2 (2009), pp. 321-367.

Bonilla, Daniel, "Constitucionalismo del sur global", Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 2015.

Bengoa, José, "Reconciliación e impunidad: los derechos humanos en la transición democrática", *Proposiciones*, vol. 25, n.º 1 (1994), pp. 39-46.

Benavides, Farid, *El delito político en el marco del proceso de paz con las FARC-EP*, Proyecto Paz, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013, en https://proyectopaz.uniandes.edu.co/investigaciones/perspectivas-juridicas/el-delito-politico-en-el-marco-del-proceso-de-paz-con-las-farc-ep/

Camacho Padilla, Fernando, "Memorias enfrentadas: las reacciones a los informes *Nunca Más* de Argentina y Chile", *Persona y Sociedad*, vol. 22, n.º 2 (2008), pp. 67-99.

Chapman, Audrey R. y Ball, Patrick, "The Truth of Truth Commissions: Comparative Lessons from Haiti, South Africa, and Guatemala", *Human Rights Quarterly*, vol. 23, n.º 1 (2001), pp. 1-43.

Crenzel, Emilio, "Dos prólogos para un mismo informe. El *Nunca Más* y la memoria de las desapariciones", *Prohistoria*, n.º 11 (2007), pp. 49-60.

Crenzel, Emilio, "Políticas de la memoria en Argentina. La historia del informe *Nunca Más*", *Papeles del CEIC, International Journal on Collective Identity Research*, n.º 2, (2010), pp. 1-31.

Cuadros Garland, Daniela, "La Comisión Rettig o la fábrica de un relato 'consensuado' sobre crímenes de Estado en Chile. Actores y controversias", en Santamaría, Ángela y Vecchioli, Virginia (eds.), *Derechos humanos en América Latina. Mundialización y circulación internacional del conocimiento experto jurídico*, Centro de Estudios Políticos e Internacionales, Facultad de Ciencia Política y Gobierno y de Relaciones Internacionales, Universidad del Rosario, Bogotá, 2008.

De Gruchy, John W., *Reconciliation: Restoring Justice*, Minneapolis: Augsburg Books, 2002.

Elster, Jon, *Closing the books: Transitional justice in historical perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004.

Esterhuyse, Willie, "Truth as a Trigger for Transformation: From Apartheid Injustice to Transformational Justice", en Villa-Vicencio, Charles y Verwoerd, William (eds.), *Looking Back Reaching Forward: Reflections on the Truth and Reconciliation Commission of South Africa*, Cape Town, University of Cape Town Press, 2000, pp. 144-154.

Fazio Vengoa, Hugo, *La historia del tiempo presente. Historiografía, problemas y métodos*, Ediciones Uniandes-Universidad de los Andes, Bogotá, 2010.

Galtung, Johan, "Violence, peace, and peace research", *Journal of Peace Research*, vol. 6, n.º 3 (1969), pp. 167-191.

Hayner, Priscilla B., "Fifteen Truth Commissions, 1974 to 1994: A Comparative Study", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n.º 4, (1994), pp. 597-655.

García, Helena y Engle, Karen, "The Distributive Politics of Impunity and Anti-Impunity: Lessons from Four Decades of Colombian Peace Negotiations" en Engle, K., Miller, Z. y Davis, D. (eds.), *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 216-254.

Gilhodes, Pierre, *La question agraire en Colombie, 1958-1971*, Armand Colin, París, 1974.

Ginzburg, Carlo, *El juez y el historiador: consideraciones al margen del proceso Sofri*, Editorial Anaya & Mario Muchnik, Madrid, 1993.

Gurvitch, George, *La vocación actual de la sociología*, Fondo de Cultura Económica, México, 1970.

Gurvitch, George, *Elementos de sociología jurídica*, Comares, Granada, 2002.

Jaramillo, Jefferson, *Pasados y presentes de la Violencia en Colombia. Estudio sobre las Comisiones de Investigación (1958-2011)*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2014.

Jaramillo, Isabel Cristina, "Las formas institucionales para buscar la verdad estructural: a propósito de la creación una (otra) Comisión de la Verdad en Colombia", en Alviar García, Helena y Jaramillo, Isabel Cristina (coords.), *Perspectivas Jurídicas para la paz*, Ediciones Uniandes, 2016, pp. 427-461.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina, *Derecho y familia en Colombia. Historias de raza, género y propiedad (1540-1980)*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2013.

Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso Sierra, Tatiana, "El derecho como distribución y legitimación", en Jaramillo Sierra, Isabel Cristina y Alfonso Sierra, Tatiana (coords.), *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2008, pp. 297-284.

Joinet, Louis, *Principios internacionales sobre impunidad y reparaciones*, Comisión Colombiana de Jurista, 2007.

Karl, Robert A., *Forgotten peace: Reform, violence, and the making of contemporary Colombia*, vol. 3. University of California Press, 2017.

Kerr, Rachel y Mobekk, Eirin, *Peace and Justice: Seeking Accountability After War*. Polity Press, Cambridge, 2007.

Koselleck, Reinhart, *historia/Historia*, Madrid, Editorial Trotta, 2004.

Lemaitre, Julieta, "¿Constitución o barbarie? Cómo repensar el derecho en zonas sin ley", en Rodríguez, C. (ed.), *El derecho en América Latina*, Siglo xxi, Buenos Aires, 2011.

Lowenthal, David, *El pasado es un país extraño*, vol. 194, Ediciones Akal, Madrid, 1985.

Luna Blanco, Tania, "Historia legal y conflicto armando en Colombia: entre el derecho fallido y la violencia cohonestada", en Ibarra Padilla, Adelaida María (coord.), *Retos del postconflicto desde un enfoque interdisciplinar*, Sello Editorial Coruniamericana, Barranquilla, 2019, pp. 12- 35.

Orozco Abad, Iván, Uribe, María Victoria, Cabarcas, Gina y Sánchez, Luis Carlos. (Gonzálo Sánchez Dir.), *Justicia y Paz: ¿verdad judicial o verdad histórica*, Centro de Memoria Histórica-Taurus, Bogotá, 2012.

Pierre, Nora, *Les lieux de mémoire*, Ediciones Trilce, Montevideo, 2008.

Restrepo, Esteban, "Justicia de las imágenes, justicia por las imágenes: algunos apuntes para pensar la relación entre derecho penal y representación de la atrocidad masiva", en Iglesias, Marisa (cord.), *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos*, Librería Ediciones, Buenos Aires, 2014, pp. 336-352.

Oquist, Paul, *Violencia, conflicto y política en Colombia*, Instituto de Estudios Colombianos, IEC, Bogotá, 1978.

Ricoeur, Paul, *La memoria, la historia y el olvido*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2004.

Sarkin, Jeremy, "The Tension Between Justice and Reconciliation in Rwanda: Politics, Human Rights, Due Process and the Role of the Gacaca Courts in Dealing with the Genocide", *Journal of African Law*, vol. 45, n.º 2, (2001), pp. 143-172.

Torres Penagos, Felix Eduardo, "Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post) conflicto (Estudio Preliminar)". En González Jácome, Jorge (comp. y trad.), *Justicia transicional y postconflicto*, Siglo del Hombre Editores y Universidad de los Andes, Bogotá, 2019, pp.15-96.

Varsky, Carolina y Balardini, Lorena Soledad, "La 'actualización' de la verdad a 30 años de Conadep. El impacto de los juicios por crímenes de lesa humanidad. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación", *Derechos Humanos, Infojus*, vol. 2, n.º 4; 11 (2013), pp. 27-54.

Wilson, Richard A., *The Politics of Truth and Reconciliation in South Africa: Legitimizing the Post-Apartheid State (Cambridge Studies in Law and Society)*, 1.ª ed., Cambridge University Press, Cambridge, 2001.

Winn, Peter, Stern, Steve J., Lorenz, Federico y Marchesi, Aldo, *No hay mañana sin ayer: batallas por la memoria histórica en el Cono Sur*, Lom Ediciones, Santiago de Chile, 2014.

Zuleta, Estanislao, "Elogio de la dificultad", en *Praxis Pedagógica*, vol. 4, n.º 5 (2004), pp. 87-91.

Los territorios en fase de transición
La paz territorial en Colombia

Liliana Estupiñán Achury*

Introducción

Los procesos de paz actuales, además del cumplimiento de los estándares mínimos en materia de justicia transicional, comisiones de la verdad y centralidad de las víctimas[1], deben propender por la construcción de condiciones sociales, económicas y políticas para el no retorno a la fase de guerra o de conflicto armado o de las condiciones que dieron lugar a la violación sistemática de derechos humanos. Dichas condiciones se construyen de abajo hacia arriba, en los territorios que fueron violentados y el escenario de dantescas escenas y sufrimiento. También, de arriba hacia abajo, porque la voluntad política y la institucionalidad central son fundamentales para la construcción del Estado en la geografía del abandono. Aquí todos los niveles de gobierno cuentan, así como las organizaciones sociales y comunitarias que, para el caso colombiano,

---

* Doctora en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas por la Universidad Externado de Colombia. Posdoctora en Derecho Constitucional de la Universidad de Valencia (España). Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Aplicación de la Constitución de la Universidad Castilla-La Mancha (Toledo). Magíster en Derecho Procesal, especialista en Derecho Constitucional, en Derecho Administrativo y abogada de la Universidad Libre (Colombia). Estancias de estudio, investigación y presentación de ponencias en diversas universidades y países desde el año 2005. Académica, investigadora senior Colciencias (desde el año 2015), miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, vicepresidente de Rinde y directora del Grupo de Investigación Estudios Constitucionales y de la Paz (Universidad Libre). Exdirectora del Doctorado en Derecho de la Universidad Libre (2017-2019). Autora de diversas publicaciones académicas e indexadas. Semillero de investigación: Ivonne Eliana Flórez Limas. lilianaea@hotmail.com; liliana.estupinan@unilibre.edu.co

[1] Centro Internacional Para la Justicia Transicional, *Justicia transicional, manual para América Latina*, ICTJ, Brasil, 2012, pp. 341-575.

están en plena construcción de la denominada "paz territorial" y la democracia local. Pero los verdaderos beneficiarios de la fase transicional, además de las víctimas, son los territorios abandonados por el Estado y mancillados por décadas o siglos. Territorios que comprenden los seres racionales, no racionales, la naturaleza y la vida.

Afortunados aquellos territorios que, culminada la guerra, apenas con barrer calles y reconstruir ciudades, tenían las condiciones suficientes para seguir en primera línea de producción o de economía mundial (¿será posible?). Territorios resilientes de forma inmediata o rápida. No es la regla. Para el caso colombiano, la reconstrucción tardará años y décadas. Será asimétrica y proporcional al abandono del Estado y su distancia con la lógica central que lo avasalla.

La tarea de reconstrucción territorial debió iniciarse una vez firmado el Acuerdo de Paz entre el Gobierno y el grupo exFARC. ¿De cuál reconstrucción se habla?, ¿podemos hablar de territorios en fase de transición?, ¿existe un enfoque territorial y de transición en el Acuerdo de Paz suscrito entre el Gobierno y el grupo guerrillero exFARC?, de existir, ¿es posible su concreción?, ¿cómo va la transición del territorio en fase de posacuerdo?

Sin duda, los procesos de paz constituyen una oportunidad para la reflexión de los asuntos de distribución del poder en el territorio, la geografía del conflicto y los desequilibrios espaciales[2]. Aprovechar los cierres de guerra para la elaboración de las condiciones del nunca jamás y del no retorno, constituye todo un tema de arquitectura política y constitucional en clave de transición, democracia y autonomía local.

1. Transición y territorios

1.1. ¿Un enfoque transicional para los territorios?

Se inspira este título en algunas frases de Ruti G. Teitel[3] referidas a los lentes sofisticados que deben utilizarse para la reconstrucción de las sociedades en fase de transición: "Las transiciones implican cambios de paradigmas en la concepción de justicia. Por lo tanto la función del derecho es profunda e

---

[2] Estupiñán Achury, Liliana (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018.

[3] Teitel, Ruti G., *Justicia Transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

inherentemente paradójica"[4]. "El papel del derecho es constructivista y que la teoría del derecho transicional emerge como una forma de derecho paradigmático y distintivo que responde y es constructivo respecto de las circunstancias extraordinarias propias de los períodos de cambio político sustancial"[5]. "La justicia en períodos de cambio político es extraordinaria y constructivista: se constituye y se construye alternativamente por la transición"[6]. Estas frases invocan la creación de diferentes modos de justicia transicional, más allá del mundo ordinario, formal y tradicional. Los lentes para la reconstrucción de las sociedades y los territorios en fase de transición deben ser creativos, humanos, ágiles y de permanente innovación.

Las lógicas ordinarias impedirían el cumplimiento de verdad, justicia, reparación y no repetición. La impunidad sería la característica común, al pretender desarrollar una justicia tradicional para resolver más de "10 millones de hechos victimizantes, más de siete millones de desplazados, ocho millones de víctimas, entre 50 o 70 mil desaparecidos"[7]. Resolver todo esto bajo el marco jurídico ordinario puede durar entre 100 o 150 años. Ni hablar sobre los territorios violentados, aquellos marcados por las cifras de la guerra.

En fase de transición territorial, aplicar las categorías tradicionales de Estado centro, centro-periferia, descentralización, autonomía, delegación o desconcentración, varios de estos conceptos imitados en el marco del eurocentrismo legalista que caracteriza la geografía jurídica de la recepción[8], es más de lo mismo. Esta forma de administrar y distribuir el poder en los territorios hace parte de las causas de la guerra, la reincidencia, la marcada tendencia a la economía ilegal, la mafia y la corrupción que afectan a la democracia local y el desarrollo de las comunidades. Aplicar estas categorías tradicionales, en fase de transición o de construcción de la paz, tal como nos han sido dadas e impuestas, direccionadas de forma exclusiva por el centro, no permitirá la

---

[4] Ibíd., p. 25.

[5] Ibíd., p. 31.

[6] Ibíd., p. 25.

[7] Arbeláez Jaramillo, Natalia, "La gente sobrevalora la importancia de la JEP", *La Silla Vacía*, La Silla Académica, Bogotá, 16 de abril de 2019, en https://lasillavacia.com/silla-academica/universidad-externado-de-colombia/la-gente-sobrevalora-la-importancia-de-la-jep (consultado el 22 de septiembre de 2019).

[8] López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana,* Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

creación del Estado en los territorios del abandono o la cimentación de las condiciones del no retorno.

En un país de marcada tendencia centralista, hablar de la implementación del Estado en los territorios significa, de manera equivocada, potenciar de manera exclusiva la presencia del Estado-centro en los peyorativamente tildados: territorios periféricos o azotados por el síndrome de la guerra. Postura que se pretende atenuar con la incorporación de los principios de "concertación y "coordinación" que, supuestamente, optimizan la correlación entre el Estado-centro y las entidades territoriales. A lo anterior, puede agregarse un sinnúmero de tareas por desarrollar por parte de las entidades territoriales, "tan poco prestas a cumplirlas", según la literatura centralista[9].

Tal como se ha señalado, esta clase de lectura está significativamente agotada desde el fracaso del modelo de administración territorial adoptado en Colombia hace más de cien años. Sin embargo, la orientación centralista aún pervive en el seno de la Constitución Política de 1991 a pesar de ser vista por algunos académicos[10] como adalid de una organización territorial atípica, e incluso semilla de un futuro y posible Estado de más raigambre autonómico[11].

Un tufillo centralista, y a veces "jerárquico", se observa de forma explícita e implícita en el Acuerdo de Paz (firmado el 24 de noviembre de 2016)[12] celebrado entre el Gobierno y las exFARC y su desarrollo legislativo tanto en vía *fast track*[13] como en vía ordinaria, muy a pesar del enfoque territorial, que ha sido potencializado por las comunidades y grupos sociales (en fase posacuerdo).

---

[9] Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del estado en los territorios del abandono. Aportes a partir del acuerdo de paz", en Estupiñan Achury, Liliana (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 147-189.

[10] Cfr., Trujillo Muñoz, Augusto y Pérez Flórez, Guillermo, "El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana", en Hubert Gehring, Viviana Barberena y Indalecio Restrepo, Darío (eds.), *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016, pp. 17-31; y Trujillo Muñoz, Augusto, "Autonomía local: una diferencia entre la paz y la guerra", en, *Descentralización en-clave de paz*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 27-78.

[11] Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del Estado en los territorios del abandono. Aportes a partir del acuerdo de paz", cit., pp. 151-152.

[12] Colombia, Gobierno Nacional, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Bogotá, 2016.

[13] El mecanismo de *fast track* se estableció en el Acto Legislativo 01 de 2016, por medio del cual se establecieron instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Dicho mecanismo tenía la categoría de especial, transitorio y abreviado para el trámite de leyes, actos legislativos

Las comunidades han hecho un importante trabajo en participación y democracia local, en lógica de abajo hacia arriba y plena visualización de sus modelos de desarrollo vocacionales y sostenibles, una tendencia que no va a desaparecer a pesar del retroceso que volvió a dar la Corte Constitucional colombiana en materia de autonomía territorial. Paz territorial es pleno desarrollo del principio de autonomía local, lo propio de los territorios en fase de transición.

La fase transicional en materia territorial se enfrenta a varios dilemas, entre otros: i) la constante histórica del modelo de organización territorial centralista, apenas atemperado por los tímidos principios de autonomía y de descentralización territorial; ii) instituciones centrales que se niegan a perder sus privilegios en beneficio de los territorios; iii) una economía que vira en beneficio del Estado centro; iv) unos territorios violentados históricamente o cooptados por mafias, corrupción y violencia, entre otros asuntos; v) una inequitativa geografía de la economía y las oportunidades; pero, de manera especial, vi) un tribunal constitucional que ha sido temeroso y conservador a la hora de leer la arquitectura territorial de 1991.

Sobre este último aspecto, preocupa la lectura conservadora que ha tenido la Corte Constitucional colombiana en materia de autonomía territorial[14],

---

y decretos con fuerza de ley que debían ser de iniciativa exclusiva del Gobierno y cuyo objeto era la de "facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final". El acto legislativo que lo regula contiene las siguientes especificaciones técnicas para la expedición de normas bajo esta modalidad: "Artículo 1 literal c: Proyectos de ley: El primer debate de los proyectos de ley se surtirá en sesión conjunta de las Comisiones Constitucionales Permanentes respectivas, sin que medie para ello solicitud del Gobierno nacional. El segundo debate en las plenarias de cada una de las Cámaras; Artículo 1 literal e: Los proyectos de ley serán aprobados con las mayorías previstas en la Constitución y la ley, según su naturaleza. Artículo 1 literal f: Actos Legislativo: Los actos legislativos serán tramitados en una sola vuelta de cuatro debates. El tránsito del proyecto entre una y otra Cámara será de 8 días. Artículo 2: Facúltase al presidente de la República para expedir los decretos con fuerza de ley cuyo contenido tendrá por objeto facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Las anteriores facultades no podrán ser utilizadas para expedir actos legislativos, leyes estatutarias, leyes orgánicas, leyes códigos, leyes que necesitan mayorías calificada o absoluta para su aprobación, ni para decretar impuestos". El mecanismo *fast track* culminó el 29 de noviembre de 2017 y ha dado lugar a diferentes sentencias de control constitucional.

[14] Estupiñán Achury, Liliana, "La Corte Constitucional: liberal en derechos y conservadora en territorio", [en línea], Blog Liliana Estupiñán Achury territorio, Constitución y Paz, Bogotá, 20 de mayo de 2016, en https://estupinan-achury.blogspot.com/2016/05/la-corte-constitucional-liberal-en.html (consultado el 22 de septiembre de 2019).

enfoque que debe superarse para lograr una verdadera paz territorial. Ni hablar de las otras instituciones del Estado centro. La lectura de la Corte Constitucional tuvo una leve mejoría entre los años 2014 y hasta el año 2016, fase en que aplicó una hermenéutica en clave local[15]. No obstante, esta propuesta progresista fue nuevamente frenada o contrarrestada, cada vez con más ahínco, por sentencias que invocan la marcada constante centralista del Estado colombiano, el mercado y las lógicas extractivistas y poco sostenibles. El péndulo nuevamente giró en beneficio del Estado centro.

Por ejemplo, en este punto es lamentable citar la Sentencia SU-095/2018 de la Corte Constitucional colombiana (sentencia que va en contravía de la paz territorial), que revoca una decisión de un tribunal que declaraba constitucional una pregunta realizada en el marco de una consulta popular en la que se interrogaba a los pobladores de un municipio si estaban o no de acuerdo con la realización de actividades mineras en su territorio. Lo más complejo es que el caso llega al Alto Tribunal por una tutela interpuesta contra esta providencia emitida por el tribunal administrativo por parte de una multinacional: Mansarovar Energy Colombia Ltd. En esta sentencia, decidió la Corte Constitucional que pese a la autonomía territorial, no era competencia de los entes territoriales decidir mediante mecanismos de participación ciudadana si se realizan o no actividades de extracción minera, puesto que el titular de los derechos sobre el subsuelo es el Estado, por ende, compete a

---

[15] Sobre las tensiones que se presentan entre la competencia que tiene la entidad municipal para ordenar el desarrollo de su territorio y, más concretamente, la que tiene el Concejo o la corporación político-administrativa de la entidad local para reglamentar los usos del suelo frente a la competencia que tiene el Estado sobre la exploración y explotación minera, la Corte Constitucional condicionó la constitucionalidad del artículo 37 del Código de Minas, "en el entendido que, en desarrollo del proceso por medio del cual se autorice la realización de actividades de exploración y explotación minera, las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas las medidas necesarias para la protección del ambiente sano y, en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad previstos en el artículo 288 de la Constitución Política" Corte Constitucional, Sentencia C-123 de 2014. M. P. Alberto Rojas Ríos. No obstante, valga precisar que por medio de la Sentencia C-273 de 2016 la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 37 del Código de Minas. Según la Corporación, la prohibición legal citada desconocía la reserva de ley orgánica por tratarse de una norma contenida en una ley ordinaria que se refiere a la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales, en este caso, la reglamentación del uso del suelo.

las autoridades del orden nacional decidir qué hacer con ellos[16]. Para rematar y consolidar esta tendencia conservadora, la Corte Constitucional emite la Sentencia C-053-2019, que declara inexequible el artículo que permitía la realización de consultas populares sobre asuntos mineros en los territorios[17].

De todas formas, la construcción de la paz territorial o de los territorios de la transición pasa por todos estos retos: democracia local, autonomía, capacidades institucionales, empoderamiento y fortalecimiento del Estado social y constitucional en los territorios. No en vano, por una parte, el Estado-centro hará falta tanto en la perspectiva presupuestal, de seguridad, de orden público, así como en las grandes orientaciones, pero, por otra, también será necesario exacerbar el papel de lo local en la búsqueda de su propia autonomía y el control de los destinos territoriales[18]. Romper con la tradición centralista no implica el fin del Estado-centro, sino la moderación de este y de su responsabilidad frente a la creación del Estado social de derecho, durante tanto tiempo negado a los territorios colombianos hasta el punto de que la situación de su abandono ha sido tildada como un "estado de cosas inconstitucional" o de "*apartheid* institucional"[19], a semejanza del tema de la salud y

---

[16] Sobre la autonomía territorial, la sentencia referida precisa lo siguiente: "En lo que se refiere a las llamadas *restricciones competenciales del pueblo en la consulta popular*, la Corte Constitucional ha señalado de forma expresa la imposibilidad de realizar consultas populares sobre asuntos ajenos a las competencias de las autoridades territoriales o sobre aquellos que tengan incidencia en los asuntos nacionales o departamentales". Corte Constitucional, Sentencia SU-095/2018. Como se ha señalado, este pronunciamiento es antecedido por otras sentencias más generosas con el uso y el alcance del principio de la autonomía territorial, un giro democrático que venía dando la Corte desde el año 2014. Sin embargo, el embrujo o el amor por lecturas más amplias y democráticas del principio de autonomía no duró más de cuatro años. La manecilla del reloj, tan vulnerable, giró al extremo centralizador del mundo extractivista, y los pueblos, por ahora, han quedado desprotegidos para la protección de sus territorios. El mercado en tensión con visiones más amables de protección de los territorios y la naturaleza.

[17] Como única decisión la sentencia resuelve: "Declarar inexequible el artículo 33 de la Ley 136 de 1994 'por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios'. El artículo 33. Uso del suelo. Cuando el desarrollo de proyectos de naturaleza turística, minera o de otro tipo, amenace con crear un cambio significativo en el uso del suelo, que dé lugar a una transformación en las actividades tradicionales de un municipio, se deberá realizar una consulta popular de conformidad con la ley. La responsabilidad de estas consultas estará a cargo del respectivo municipio".

[18] Estupiñán Achury, Liliana, "Construcción del estado en los territorios del abandono. Aportes a partir del acuerdo de paz", cit., pp. 151-152.

[19] García Villegas, Mauricio y Espinosa, José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, Bogotá, 2013, p. 14.

del fenómeno de los desplazados. Sin duda, un mal que debe contrarrestarse por parte de todas las ramas del Estado, de los diversos niveles territoriales, nacional, departamental y local, e incluso desde la sociedad civil.

1.2. "El estado de cosas inconstitucional" y la geografía de la guerra aún no han sido superados. A pasos de tortuga

El modelo francés de la organización territorial, hibridado con lógicas territoriales propias, es insuficiente para la superación de las causas que llevaron al conflicto por más de cincuenta años. Municipios, departamentos, distritos, territorios indígenas (en construcción provisional[20]), regiones (ley de regiones[21]) y posibles provincias. Las mismas categorías del Estado francés, con el mestizaje propio de la construcción colonial o en fase republicana. Igualmente, la mención tímida tanto en el texto como en su posterior desarrollo de los principios de autonomía y de descentralización territorial.

Varios aspectos se cruzan con esta apuesta territorial: i) doscientos años de constante centralista en materia de distribución del poder en el territorio (pequeño interregno federal 1858-1886); ii) el abandono del territorio rural y los pésimos indicadores en materia de Estado social de derecho y de derechos humanos de los campesinos; iii) la urbanización creciente y la focalización de ciudades como polos de desarrollo (triángulo de oro: Bogotá, Medellín y Cali), frente a muchos territorios (el 80 o 90%) que apenas logran sobrevivir con los recursos de las transferencias intergubernamentales; iv) la férrea recentralización del Estado[22] y la no descentralización de la economía y de las oportunidades[23]; v) la asimetría territorial entre el Estado centro y los territorios y entre los propios territorios, por ejemplo, las diferencias abismales entre las cabeceras municipales y las veredas más cercanas o dispersas o entre la capital y

---

[20] Colombia, Presidencia de la República, Decreto Ley 4633 de 2011.

[21] Colombia, Congreso de la República, Ley 1962 de 2019.

[22] Kalmanovitz, Salomón, "Recentralización", *El Espectador*, Opinión, 15 de septiembre de 2019, en https://www.elespectador.com/opinion/recentralizacion-columna-881226 (consultado el 23 de septiembre de 2019).

[23] González, Jorge Iván, "Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial", en Becker, Alejandro, Castro, Sandra y Cárdenas, Miguel (eds.), *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial*, GTZ-Fescol, Bogotá, 2004, pp. 19-43.

los territorios apartados[24]; vi) la asimetría territorial entre departamentos ricos y pobres, los primeros que participan con ventaja del PIB nacional (Bogotá, Antioquia, Valle del Cauca, Santander, Cundinamarca y Meta[25], este último que se verá seriamente afectado por la crisis de la economía extractivista); otros en menor medida (Bolívar, Atlántico, Boyacá, Tolima, Cesar, Córdoba, Casanare, Huila, Cauca, Norte de Santander, Nariño, Risaralda, Caldas, Magdalena) y, de manera especial, los de participación en el PIB más bajo, que corresponden plenamente con la mayoría de los departamentos que han sido golpeados por la guerra o la pobreza (Guajira, Sucre, Caquetá, Chocó, Arauca, Putumayo, San Andrés, Guaviare, Amazonas, Vichada, Guainía y Vaupés). De hecho, los "departamentos ganadores" (no en todo su territorio) concentran las curules de representación territorial en el Congreso de la República.

En general, una geografía de exclusión y del conflicto que va más allá de las fronteras departamentales (15 regiones focalizadas): Sierra Nevada de Santa Marta; Catatumbo y sur del Cesar; Arauca; Montes de María; sur de Bolívar; Bajo Cauca antioqueño y Nudo de Paramillo; Urabá chocoano; oriente antioqueño; Alto, Medio y Bajo San Juan; sur del Tolima y norte del Cauca; Pacífico caucano; Tumaco y Pacífico nariñense; Ariari-Guayabero y Guaviare; Caquetá y Medio y Bajo Putumayo[26]. Que aún no salen de la mala noche. La mayoría de sus municipios con déficit cualitativo y cuantitativo, en vivienda, educación, salud, agua potable y saneamiento básico, justicia, seguridad, tejido social y resiliencia[27]. La presencia del Estado fue la de los fusiles o la del crimen organizado[28].

Sobre el abandono del tema rural, se resaltan sus cifras alarmantes de precariedad y déficit del Estado social de derecho. El Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico (CEDE) de la Universidad de los Andes concluyó que

---

[24] González, Fernán, "¿Llevar el Estado a las regiones o las regiones al Estado?", en Gutiérrez Sanín, Francisco (ed), *¿Qué hacer con el tierrero? Tierra, territorio y paz sostenible*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, pp. 157-209, p. 206.

[25] Restrepo, Darío, *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*, CDPAZ – Planeta Paz, Bogotá, 2016, p. 20.

[26] Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Índice de incidencia del conflicto armado en Colombia", Bogotá, 2016, p. 6.

[27] Ibíd.

[28] Cfr. Valencia, León y Ávila, Ariel, *Los retos del postconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*, Ediciones B, Bogotá, 2016.

> el 94% del territorio es rural y el 32% de la población vive allí. El 77% de la tierra está en manos de 13% de propietarios, pero el 3,6% de estos tiene el 30% de la tierra. De esta manera, la concentración de la tierra y la desigualdad en el campo han crecido en la última década. El 60% del empleo rural es informal, el 83% de la población rural está en el régimen subsidiado de salud, el 55% de los campesinos pobres nunca han recibido asistencia técnica, El 11% no tiene vivienda y el 16% tiene vivienda en mal estado. El 85% de la población carece de alcantarillado, el crecimiento del PIB rural en la última década fue de 2,8%. El analfabetismo es del 18,5%. El 60% no tiene agua potable. La mayor concentración de la tierra está en Córdoba y Caquetá. La mayor desigualdad está en Antioquia y Valle. La mayor concentración de la propiedad está en las zonas ganaderas y en las que se explotan recursos naturales[29].

El panorama se agrava con las cifras que invoca Fajardo en materia pobreza multidimensional:

> De acuerdo con el Censo Agropecuario de 2014 el índice de pobreza del área rural dispersa es de 44,7%, el 72,6% de la población entre 17 y 24 años no asiste a la educación, solo el 16% de la población menor de cinco años asiste a una institución y solo el 9,3% de las unidades de producción agropecuaria (UPA) recibió asistencia técnica, condiciones a las que se añade la competencia de las importaciones producidas en el marco de los tratados de "libre comercio"[30].

Al preocupante cuadro, se le agregan los territorios con subrepresentación o sobrerrepresentación. Restrepo[31] demuestra que los territorios con mayor participación en el PIB nacional, suelen tener mayor representación o sobrerrepresentación en el Congreso de la República. Los de menor participación,

---

[29] Hurtado Vera, Guido Germán, "El campesinado en Colombia, un asunto de abandono y olvido", *El Pueblo*, Opinión, 3 de mayo de 2014.

[30] Fajardo Montaña, Darío, "La frontera agraria en la construcción de la paz", en Gutiérrez Sanín, Francisco (ed), *¿Qué hacer con el tierrero? Tierra, territorio y paz sostenible*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, p. 104.

[31] Restrepo, Darío, *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*, cit., p. 20.

corresponden con la mayoría de los departamentos que han sido golpeados por la guerra: Guajira, Sucre, Caquetá, Chocó, Arauca, Putumayo, San Andrés, Guaviare, Amazonas, Vichada, Guainía y Vaupés. De manera relacional, varias de estas entidades territoriales quedan excluidas de la representación territorial en el nivel legislativo, ya sea sin representación en el Senado o con inequitativa representación en la Cámara de Representantes.

En la misma línea, Kalmanovitz[32] señala que los "departamentos más pobres y menos poblados no tienen representación en el Senado y solo dos representantes en la Cámara, cifras estas corroboradas por Rodríguez[33], quien señala que en la Cámara de Representantes también hay una sobrerrepresentación de tres entidades territoriales: Bogotá D.C., Antioquia y Valle del Cauca, frente a los territorios consabidos que apenas logran dos curules.

Pero el tema va más allá del Congreso, al interior de los departamentos también pervive el centralismo y la subrepresentación. Restrepo[34] analiza los casos de Santander, Cauca y Caquetá: "La capital del departamento de Santander, Bucaramanga, concentra el 47% de los asambleístas, mientras 78 municipios (el 90% del total) no tienen representación alguna. El departamento del Cauca presenta igual situación, su capital, Popayán, concentra el 46% de los asambleístas, mientras 38 municipios (el 83%) carecen de representación. Y en el departamento de Caquetá la concentración se acentúa porque Florencia tienen el 73% del poder en la Asamblea, mientras el 81% del departamento no tiene quien los represente".

De hecho, la Misión Electoral Especial creada por el Acuerdo de Paz (que ya cumplió con su informe)[35] propuso conservar la circunscripción nacional con 100 senadores, además de aquellas curules propias de la política de discriminación positiva, que incluso invitan a ampliar, en aras de fortalecer

---

[32] Kalmanovitz, Salomón, "Descentralización sin representación", *El Tiempo*, Opinión, 5 de marzo de 2017, en http://www.elespectador.com/opinion/descentralizacion-sin-representacion-columna-683103 (consulta del 23 de septiembre de 2019).

[33] Rodríguez, Jorge Armando, "Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano", (2017), Universidad Nacional, *Documentos FCE-CID* Escuela de Economía, n.º 81.

[34] Restrepo, Darío, *Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo*, cit.

[35] Colombia, Misión Electoral Especial, *Propuestas reforma política y electoral en Colombia*, Bogotá, 2017, p. 71, en https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Reforrma-completo-2017-1-1.pdf

la democracia (16 circunscripciones especiales y transitorias de paz). La propuesta debe revisarse seriamente, de lo contrario la "descentralización sin representación" pervivirá en este escenario de importantes debates legislativos. Para el caso de la Cámara de Representantes, la propuesta de la Misión fue más audaz, pero sigue siendo polémica y objeto de ajuste, la idea central es que ningún departamento pierda representantes con respecto al esquema actual; así las cosas, los mismos de siempre tendrán un significativo número de curules, eso sí, ningún departamento podrá tener menos de tres representantes. En síntesis, una Cámara con 173 representantes: "104 elegidos en circunscripción uninominal, 69 en lista plurinominal".

Todo este panorama lleva a ratificar la expresión acuñada por García de "*apartheid*" territorial o institucional, al referirse a los territorios violentados y abandonados. La creación de diversas categorías de municipios conculcados y trasgredidos en sus derechos básicos, y con déficit de institucionalidad: algunos municipios han sido tildados como "municipios del abandono", otros como "municipios del Estado abandonado" o municipios del "Estado cooptado" o "paralelo"[36].

De hecho, en fase de posconflicto también se han creado categorizaciones sobre avances o retrocesos en seguridad y construcción del Estado para los territorios que requerían de máxima atención. Por ejemplo, y según el informe *Más sombras que luces* de la Fundación Paz y Reconciliación[37], de los 281 municipios que requerían de priorización en fase de posconflicto (cifra diferente a la focalización realizada por el Gobierno Nacional: 170[38]), hay 123 donde operaban las FARC y han sido copados por grupos armados ilegales y organizaciones criminales, y existe otro grupo de 150 municipios donde el posconflicto se ganó y la etapa de violencia política se superó.

---

[36] García Villegas, Mauricio, Torres Echeverry, Nicolás, Revelo Rebolledo, Javier, et al., *Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad – Dejusticia, Bogotá, 2016, pp. 95 y ss.

[37] Restrepo Diego, Alejandro, Gómez, Daniela, Vargas Cáceres, Naryi, et al. *Más sombras que luces, la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque*, Fundación Paz y Reconciliación – Pares, Bogotá, 2019, p. 8, en https://pares.com.co/wp-content/uploads/2019/08/Que%CC%81-paso%CC%81-con-la-seguridad-a-un-an%CC%83o-de-Duque-final-_compressed-Final.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2019).

[38] Colombia, Presidencia de la Republica, Decreto 893 de 2017.

En el mismo informe se realiza una clasificación de estos municipios focalizados en fase de posacuerdo: i) zonas de copamiento criminal inmediato, luego de la salida de las FARC: Andén del Pacífico, zona de Bajo Cauca y Catatumbo; ii) zonas en donde el copamiento militar se dio pasados los 18 meses de la salida de las FARC (municipios donde nunca llegó el Estado: Putumayo, Caquetá y Vichada); iii) zonas que al salir el grupo guerrillero no llegó nadie, pero que hoy son objeto de criminalidad y abandono: sur del Tolima, Valle del Cauca y Huila y iv) zonas donde el Estado llegó: cabeceras municipales[39].

Ni hablar de las cifras de violencia electoral que se agravan en meses preelectorales, la muerte de líderes sociales y de excombatientes de las FARC y la recurrente satanización de la protesta social en los territorios. Todo un escenario que lleva a pensar en vaso medio lleno y medio vacío en materia de control del territorio, especialmente en las regiones de Nudo del Paramillo, Catatumbo, Pacífico nariñense y caucano, sur del Meta, Guaviare y parte del Caquetá y Sierra Nevada de Santa Marta. ¿Dónde está el Estado? ¿Qué pasó?

Todo esto invita a pensar el territorio en clave transicional. Los cierres de guerra van más allá de tribunales, sanciones, fallos, sentencias, amnistías, indultos o estándares mínimos de justicia transicional.

2. El enfoque territorial del Acuerdo de Paz

Para construir una propuesta de cierre de guerra entre el Estado colombiano y las FARC fueron requeridos más de cuatro años. Si bien el actor irregular estaba evidentemente mermado, aún tenía en sus filas miles de combatientes. Tal como lo anota el informe *Más sombras que luces*, "para cuando terminó el Caguán las FARC tenía alrededor de 17.000 militantes en armas y finalizó el 2016 con 7.000 en presencia en 242 municipios"[40]. Hoy se habla de una

[39] Restrepo Diego, Alejandro, Gómez, Daniela, Vargas Cáceres, Naryi, et al. *Más sombras que luces, la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque*, cit., pp. 8-9.

[40] Ibíd., p. 41.

cifra de 13 194 reinsertados[41] y de 11 986[42], que están en clave de Sistema de Verdad, Justicita, Reparación y no repetición.

Aun así, las cifras de la guerra, si bien han bajado, no permiten visualizar una paz completa a corto o mediano plazo. Varios de los municipios del posconflicto están infestados de hombres con armas. "Las estructuras pos-FARC o disidentes operan en 85 municipios, agrupados en 23 estructuras y cuenta con cerca de 1800 exguerrilleros y, otros, cerca de nuevos reclutas"[43]. El nivel de organización, jerarquía, verdadero liderazgo y lógica guerrillera o meramente criminal es algo que aún no se puede dilucidar con claridad. Por su parte,

> el Clan el Golfo hace presencia en 276 municipios […] según su propia denominación, bien puede considerarse el Grupo Armado Organizado (GAO) de mayor envergadura a nivel nacional. Tanto por su amplia presencia en distintas regiones del país, como por sus 2.500 integrantes (aproximadamente), a los que debe sumársele un número indeterminado de personas vinculadas a redes de apoyo territorial, es factible decir que esta es la estructura criminal heredera del paramilitarismo más fuerte en el país[44].

Ni hablar del grupo guerrillero ELN, que tiene presencia en más de 136 municipios y que incluye en sus filas a más de 3000 hombres[45]. Este grupo se ha fortalecido en los últimos años. Los territorios posFARC fueron copados, entre otros, por este grupo que estaba evidentemente menguado para el año 2016.

Así las cosas, el enfoque territorial y de control del territorio se hace más que necesario en los escenarios de construcción de la paz, asunto que explica uno a uno los puntos que integran el Acuerdo de Paz celebrado entre el

---

[41] Colombia, Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *ARN en cifras*, Bogotá, 2019, en http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia/Documentos%20de%20ARN%20en%20Cifras/ARN%20en%20cifras%20corte%20abril%202019.pdf (consultado el 23 de septiembre de 2019).

[42] Colombia, Jurisdicción Especial para la Paz, Declaración a la opinión pública, Bogotá, 2019, en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Declaraci%C3%B3n-a-la-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica.aspx (consultado el 23 de septiembre de 2019).

[43] Restrepo Diego, Alejandro, Gómez, Daniela, Vargas Cáceres, Naryi et al., *Más sombras que luces, la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque*, cit., p. 33.

[44] Ibíd., p. 35.

[45] Ibíd., p. 41.

Gobierno y la exFARC. Un Acuerdo más allá de la entrega de armas, reincorporación a la vida civil y justicia transicional. La negociación con la guerrilla más antigua de América Latina tocó algunos puntos que hacen alusión a su origen campesino, los temas de la tierra, la relación del mundo guerrillero con el narcotráfico, la no repetición del "genocidio" o la muerte de miles de militantes del partido político Unión Patriótica [46], el fin de la guerra, la entrega de armas, la reincorporación y sus sostenibilidad, y, por supuesto, la creación del Sistema Integral de Justicia, Verdad, Reparación y No Repetición en clave de víctimas. Siempre las víctimas con eje central del Acuerdo.

Como se observa, este Acuerdo no se detuvo en asuntos meramente militares o de justicia transicional, fue más allá. Al final, un conflicto de más de cinco décadas ameritaba una historia de cierre compleja. Cada uno de los puntos del Acuerdo llevan la impronta del origen y la historia de una guerrilla de raigambre campesina.

Algunas voces señalan que todo lo que está en el Acuerdo ya se encuentra en la Constitución o las leyes (maravillosa lectura, bajo esa línea la implementación sería más fácil de lo que ahora se nos presenta). Para otros, el Acuerdo sustituyó la Constitución[47]. Ni lo uno ni lo otro. No fue el constituyente primario el que firmó el Acuerdo, más bien señaló la ruta de ajuste cuya refrendación política de una nueva versión legó en manos del Congreso.

---

[46] La Unión Patriótica vio la luz en Puerto Bello, Cesar en 1984. Fue el primer partido político nacido de un "proceso de paz" en Colombia, fruto de las negociaciones entre la FARC y el entonces presidente Belisario Betancourt, su objetivo era darles participación política a los miembros de la entonces guerrilla campesina. Terminó siendo de los intentos de reconciliación más fallidos y sangrientos de Colombia, lo que le siguió al surgimiento de la UP llegó a ser conocido como "el baile rojo". Pese a las controversias que suscitó el proceso, el partido atraía buen capital político y para las elecciones de 1988 logró tener 5 senadores, 9 representantes, 14 diputados, 23 alcaldes y 351 concejales. De un momento para otro los ataques personales se convirtieron en masacres, sobre todo en las zonas en donde la presencia de grupos paramilitares era más fuerte como el Urabá, incluso cuando el proyecto político anunció su separación con el brazo armado continuó siendo objeto de persecución y exterminio. El último homicidio contra un militante de la UP del que se tiene registro ocurrió en 2003, cuando la CIDH ya tenía conocimiento de más de 3000 casos de atentados contra este movimiento. Gómez, Octavio, "La UP: historia del fracaso más sangriento en Colombia", *Colombia Plural, Contexto*, Bogotá, 13 de septiembre de 2016, en https://colombiaplural.com/la-up-historia-del-fracaso-mas-sangriento-colombia/ (consultado el 30 de septiembre de 2019).

[47] Castro, Jaime, "Cuando el Acuerdo Final ingrese a la Carta, esta dejará de existir", *Semana*, Justicia, 3 de febrero 2017, en http://www.semana.com/nacion/articulo/abogado-jaime-castro-cuestiona-tramite-del-acuerdo-final-en-el-congreso/517258 (consultado el 23 de septiembre de 2019).

El texto contiene elementos fundamentales para la reconstrucción territorial del Estado o por lo menos una parte de ella. Esta idea se infiere desde una lectura más implícita que explícita; más ligada a una lógica de enfoque territorial que de descentralización y de autonomía (estas últimas se tendrán que construir en fase de implementación).

2.1. A una guerrilla de origen campesino le corresponde un cierre de guerra con propuestas de reforma rural integral y buen vivir

El primer punto del Acuerdo de Paz es todo un reconocimiento al origen campesino de este grupo insurgente. Finalizar la guerra sin tomar en consideración las verdaderas causas rurales de su origen no hubiese tenido un juicio histórico honorable (valga advertir que lo propio, siempre y cuando se suscriba un acuerdo de paz, ocurrirá con el ELN en asuntos ambientales y de participación, por ahora se observa lejana esta posibilidad de negociación).

Las preguntas recurrentes en el tema rural y de tierras, son: ¿cómo y por qué fueron desplazados de sus tierras siete millones de personas?, ¿quién propició esta tragedia?, ¿quién se quedó con estas tierras?, ¿cómo se legalizó el despojo?, ¿quiénes están en estas tierras?, ¿cómo reparar a los millones de seres humanos que fueron objeto de desplazamiento y de despojo?, ¿cómo garantizar su regreso?, ¿cómo garantizar una vida digna en el campo colombiano?

Algunas respuestas a estas preguntas las presenta el Acuerdo de Paz, otras venían en proceso de desarrollo y de construcción mediante la implementación de diversas normas e instituciones que intervenían el sector rural o en asuntos de tierras.

Fajardo resalta tres aspectos concretos en materia rural que presenta el Acuerdo de Paz[48], nuevas medidas que se suman a políticas en materia de tierras, rurales y de reparación en curso:

> 1. Acceso a la tierra y uso de ella: creación del Fondo de tierras para su entrega gratuita y formalización a campesinos y campesinas sin tierra o con muy baja disponibilidad de ellas; comprende: a) tres millones de hectáreas de tierras baldías, incluyendo aquellas indebidamente ocupadas, sujetas a extinción judicial o administrativa de dominio o adquiridas por el Estado; b) siete millones de hectáreas ocupadas

[48] Fajardo Montaña, Darío, "La frontera agraria en la construcción de la paz", cit., pp. 99-100.

o poseídas por pequeños o medianos campesinos, Zonas de Reserva Campesina (ZRC) y otras formas que defina el gobierno, para un total de diez millones de hectáreas para la Reforma Rural Integral. Este componente será complementado con la restitución de tierras a las víctimas del despojo.

2. Programas de desarrollo con enfoque territorial para zonas priorizadas de acuerdo con la mayor prevalencia de pobreza, afectación por el conflicto armado y presencia de cultivos de uso ilícito.

3. Planes nacionales para la Reforma Rural Integral para dotar a la población atendida con crédito y asistencia técnica, infraestructura, atención de necesidades en educación a nivel local, vías terciarias, electrificación y conectividad en comunicaciones, obras de riego y drenaje para las economías campesinas y comunitarias, obras de saneamiento y salud, protección y seguridad social.

Adicionalmente comprende la formalización de las solicitudes de establecimiento de Zonas de Reserva Campesina, la asignación de recursos y ejecución de sus planes de desarrollo, así como la formación y actualización del catastro rural.

Basta recordar las cifras de desplazamiento, despojo y abandono del sector rural en Colombia para entender parte de estas propuestas e intervenciones en el Acuerdo de Paz y las políticas construidas en las últimas décadas, tan distantes aún del cumplimiento de su objetivo. Por ejemplo, en materia de despojo, concretamente, "más del 40% de los desplazados perdieron su tierra, lo que equivaldría a más de tres millones de personas"[49] y unas estimaciones "poco creíbles que iban desde 1,8 millones de hectáreas hasta 10 millones de hectáreas despojadas"[50]. En general, las cifras no son claras, lo cual genera dudas frente a la supuesta voluntad del Estado de restituir cerca de cuatro

---

[49] Garay Salamanca, Luis. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*, Codhes, Bogotá, 2009. Citado por Gutiérrez Sanín, Francisco, "Lo bueno, lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia: una lectura política e institucional", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 9-37.

[50] Peña-Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M., "De la tierra despojada a la tierra prometida", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida. Balance de la política de restitución de tierras en Colombia* (pp. 1-9). Bogotá D.C.: Universidad del Rosario, 2019. https://doi.org/10.12804/tj9789587842043

millones de hectáreas[51]. La falta de datos y cifras fiables y definitivas reflejan la dificultad para cumplir con este componente territorial del Acuerdo.

De hecho, no han pasado más de diez años y la política de restitución de tierras y reparación todavía no logra cumplir con la gran tarea: reparar a las víctimas del desplazamiento forzado y el despojo en Colombia. En este punto, debe sumarse la ausencia del Estado social de derecho en el sector rural y los indicadores que reiteran el abandono y la falta de una política seria, sistemática y permanente sobre este tema. Todo esto soporta y justifica la existencia y el enfoque territorial del punto n.º 1 del Acuerdo de Paz, esto es, la reforma rural integral.

Los antecedentes son claros, ni hablar de las dificultades que tuvieron las víctimas y sus voces en el marco de la institucionalidad para lograr impulsar la política de restitución de tierras. El saboteo de los sectores más rancios y conservadores, los *spoiler*, que nuevamente han surgido durante el proceso de firma del Acuerdo y su débil implementación. "Supuestas" razones para bloquear las medidas de reparación y no repetición, bajo el argumento de la inexistencia de un conflicto armado en Colombia y la correspondiente ausencia de responsabilidad del Estado en tamaña injusticia, aquí la frase que corresponde es que se pruebe lo evidente.

La Ley 1448 de 2011 ya es un triunfo, un avance[52]. Aunque no es suficiente, cabe recnocer que marcó el camino. Hay lugar a demasiadas dificultades

---

[51] Machuca Pérez, Diana Ximena, "Descifrando el papel de las autoridades locales en la compraventa de tierras en El Carmen de Bolívar", En F. Gutiérrez Sanín, R. D. P. Peña Huertas y M. M. Parada Hernández (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 75-115.

[52] A este respecto, resulta importante el papel de la Sentencia T-025 de 2004 de la Corte Constitucional, que marcó el camino para la futura política de restitución: "Varios elementos confirman la existencia de un estado de cosas inconstitucional respecto de la situación de la población internamente desplazada. En primer lugar, la gravedad de la situación de vulneración de derechos que enfrenta la población desplazada fue expresamente reconocida por el mismo legislador al definir la condición de desplazado, y resaltar la violación masiva de múltiples derechos. En segundo lugar, otro elemento que confirma la existencia de un estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado es el elevado volumen de acciones de tutela presentadas por los desplazados para obtener las distintas ayudas y el incremento de estas. En tercer lugar, los procesos acumulados en la presente acción de tutela confirman ese estado de cosas inconstitucional y señalan que la vulneración de los derechos afecta a buena parte de la población desplazada, en múltiples lugares del territorio nacional y que las autoridades han omitido adoptar los correctivos requeridos. En cuarto lugar, la continuación de la vulneración de tales derechos no es imputable a una única entidad. En quinto lugar, la vulneración de los derechos de los desplazados reposa en factores estructurales enunciados en el apartado 6 de esta providencia dentro de los cuales se destaca la

como para que sea una realidad. Antes de la suscripción del Acuerdo de paz, se habían dado varios pasos para efectos de aminorar las consecuencias de tan lamentable flagelo: el desplazamiento y despojo. Tal como lo señala Peña y Parada:

> Dicha apuesta marcó una diferencia radical con la Ley 975 de 2005 de Justicia y Paz, un primer intento del Estado de saldar la deuda del conflicto, y en la que esperaba que fueran los actores armados quienes devolvieran los bienes despojados y repararan con su patrimonio a las víctimas. Lamentablemente, la promesa de Justicia y Paz nunca se cumplió[53].

Construir la Ley 1448 de 2011, así como el punto de reforma rural integral que aparece en el Acuerdo de Paz y que constituyen los pilares del enfoque territorial de la paz en Colombia, ha sido una labor más que compleja. El panorama no daba para más. Gutiérrez, relaciona cinco factores claves que permiten un acercamiento y comprensión de la magnitud del flagelo[54]: i) desplazamiento de millones de personas sin tener aún claridad de cuántas de ellas fueron objeto de despojo o de pérdida parcial o total de sus derechos de propiedad; ii) un despojo llevado a cabo en escenarios "extraordinariamente violentos": "masacres, muertes, golpizas, humillaciones públicas, violencia sexual, quema de casas y propiedad, destrucción de menaje doméstico, y destrucción y/o robo de cosechas y animales de granja"[55]; iii) "un enorme

falta de correspondencia entre lo que dicen las normas y los medios para cumplirlas, aspecto que adquiere una especial dimensión cuando se mira la insuficiencia de recursos dada la evolución del problema de desplazamiento y se aprecia la magnitud del problema frente a la capacidad institucional para responder oportuna y eficazmente a él. En conclusión, la Corte declarará formalmente la existencia de un estado de cosas inconstitucional relativo a las condiciones de vida de la población internamente desplazada. Por ello, tanto las autoridades nacionales como las territoriales, dentro de la órbita de sus competencias, habrán de adoptar los correctivos que permitan superar tal estado de cosas".

[53] Peña Huertas, Rocío del pilar y Parada Hernández, María Mónica, "De la tierra despojada a la tierra prometida", cit., p. 1.

[54] Gutiérrez Sanín, Francisco, "Lo bueno, lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia: una lectura política e institucional" en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 11-14.

[55] Colombia, Centro Nacional de Memoria Histórica, *Bloque Calima de las autodefensas unidas de Colombia*, Bogotá, 2018, en http://centrodememoriahistorica.gov.co/bloque-calima-de-las-auc/. Citado por: Gutiérrez Sanín, Francisco, "Lo bueno lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia", F.

grado de complicidad de lo que podríamos llamar fuerzas intrasistémicas en este despojo masivo"[56]. Complicidad de diversos actores, silencio, hostilidad, indiferencia ante el sufrimiento y las denuncias, revictimización, alianza con empresarios o terceros, agencias armadas o civiles del Estado, institucionalidad en clave de ilegalidad, todos en plena connivencia; iv) informalidad extendida e indefinición de los derechos de propiedad de la tierra. Confusión y vacío que fue plenamente aprovechado por los victimarios. A esto se suman los bajísimos impuestos de la tierra rural. "Todo esto convirtió a la tierra rural en estupendo objeto para el lavado de activos y para el desarrollo de múltiples actividades criminales [...] De ahí que narcotraficantes y otros actores ilegales adquirieran miles de hectáreas de tierras durante el conflicto, no solo a través del despojo sino de la compra"[57] y, (v) una agenda agraria completamente bloqueada durante los dos gobiernos de Uribe (2002-2010)[58].

Luces y sombras o como fue titulado por Gutiérrez: "Lo bueno, lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia: una lectura política e institucional". Lo bueno: la ley de víctimas y la creación del programa de restitución de tierras y las agencias institucionales para impulsarlo. También, la creación de una jurisdicción especializada para tramitar las reclamaciones de despojo y desplazamiento ocurrido en el marco del conflicto armado. Lo malo: vacíos informacionales y de datos que impedían e impiden aún tener claridad frente a la magnitud del despojo y la titánica tarea en materia de restitución de tierras y de reparación. Además de un componente marcadamente legalista y formal. Ausencia de acompañamiento, seguridad, programas, seguimiento a las víctimas objeto de despojo y de posible restitución, a lo cual se suma la falta de desarrollo del principio de corresponsabilidad de las entidades territoriales, varias de ellas cooptadas por la mafia, la guerra, la corrupción o sin dinero o capacidades institucionales para llevar a cabo la actividad de seguimiento y acompañamiento. Lo feo: según Gutiérrez, está dado en el factor político de las instancias creadas en el marco de la restitución. Según el investigador,

---

Gutiérrez Sanín, R. D. P. Peña Huertas y M. M. Parada Hernández (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 11-12.

[56] Ibíd., p. 12.

[57] Ibíd., p. 13.

[58] Ibíd.

> para la URT (Unidad de Restitución de Víctimas) la prioridad no era hacer entender que en efecto habíamos presenciado una devastación atroz de nuestro mundo agrario, por lo que el programa era necesario (cosa que lo hubiera reforzado); la prioridad parecía ser, en cambio, minimizar el problema para adecuarlo a sus resultados[59].

Con estos antecedentes y los movimientos sociales y campesinos alternos a la construcción del Acuerdo, se entiende parte del punto n.º 1 y demás componentes territoriales del proceso de negociación: transformación estructural, desarrollo integral del campo, igualdad y enfoque de género, bienestar y buen vivir (muy a tono con la filosofía que ha impulsado las reformas constitucionales de Bolivia y Ecuador)[60], regularización de la propiedad, derecho a la alimentación, participación, desarrollo sostenible, presencia del Estado, democratización del acceso y uso adecuado de la tierra, entre otros principios, que irradian este gran propósito que aún no cautiva a los sectores más conservadores y tradicionales de la sociedad colombiana.

El Acuerdo simplemente adiciona un componente a la política de restitución de tierras ya iniciada en el pasado. Tal como se ha descrito y a manera de síntesis: un Fondo de tierras para la reforma agraria integral (tres millones de hectáreas durante sus primeros doce años de creación), mecanismos para promover el acceso a la tierra, priorización de personas beneficiarias (trabajadores con vocación agraria sin tierra o con tierra insuficiente); restitución de tierras a las víctimas del despojo y del desplazamiento forzado y retorno voluntario de mujeres y hombres en situación de desplazamiento; mecanismos de resolución de conflictos de tenencia y uso y de fortalecimiento de la producción alimentación; formación y actualización del catastro e impuesto predial (único punto en el que por primera vez se menciona en el Acuerdo el tema de la autonomía territorial) y el fortalecimiento del proceso de liquidación, cobro y recaudo efectivo de este impuesto por parte de los municipios[61]; cierre

[59] Ibíd., pp. 29 y 30.

[60] Para un mayor estudio de este tema, véase: Bagni, Silvia, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013; y Bagni, Silvia, "The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the caring state", *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, vol. 1, n.º 3 (2015), pp. 205 - 226.

[61] Sin duda, "El atraso catastral del país es monumental y cubre todos los territorios. Solo el 5 por ciento del territorio está actualizado. Tanto las zonas urbanas como las rurales tienen ese problema.

de la frontera agrícola y protección de zonas de reserva campesina (asumidas como símbolo de construcción de paz y de garantía de los derechos políticos, económicos, sociales y culturales de los campesinos). Todas estas propuestas acompañadas de la implementación de programas de desarrollo con enfoque territorial, planes nacionales para la reforma rural integral (infraestructura y adecuación de tierras, desarrollo social, salud, educación, vivienda, erradicación de la pobreza) y estímulos a la economía solidaria y cooperativa. Estas intervenciones se deben desarrollar en los territorios, cuyo direccionamiento, tal como se observa en la letra de este primer punto del Acuerdo, está en manos del Estado-centro.

Si bien, los temas territoriales están regados por toda la geografía nacional, el Gobierno focalizó la intervención territorial en 170 municipios golpeados por el conflicto armado y la violencia. Una de las grandes estrategias creadas para desarrollar el primer punto del Acuerdo en los 170 municipios focalizados por el Gobierno para el desarrollo del posconflicto estuvo dado en la creación de los planes de desarrollo con enfoque territorial (16 planes subregionales)[62], cuyos máximos retos estaban dados, más allá de la seguridad, en garantizar mejores condiciones de educación, salud, agua potable y vivienda, nutrición, vías terciarias, riego, electrificación, catastro, seguridad, justicia, drogas y economía campesina. El objetivo máximo de esta política, aún en ciernes, era

> lograr la transformación estructural del campo y el ámbito rural, y un relacionamiento equitativo entre el campo y la ciudad, de manera que se asegure: el bienestar y el buen vivir de la población en zonas rurales —niños y niñas, hombres y mujeres— haciendo efectivos sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales, y revirtiendo los efectos de la miseria[63].

Claro, el fenómeno es menor en ciudades como Bogotá, Medellín, Cali y Barranquilla porque tienen catastro propio. Sin embargo, es un problema generalizado", *Semana*, "Con interpretaciones torcidas se le están otorgando baldíos a quienes no los necesitan", *Revista Semana*, Entrevista, 23 de julio de 2019, en https://www.semana.com/nacion/articulo/catastro-multiproposito-acabara-con-la-acumulacion-y-manejo-ilegal-de-las-tierras/624802 (consultado el 30 de septiembre de 2019).

[62] Colombia, Presidencia de la República, Decreto 893 de 2017.

[63] Ibíd., pp. 12-16.

Así, el Gobierno priorizó esta estrategia en zonas violentadas y con altos niveles de pobreza, en particular extrema, máximo grado de afectación de la guerra, debilidad institucional, administrativa y de gestión, presencia de cultivos ilícitos y de otras economías ilegales[64].

> Las zonas priorizadas se caracterizan por presentar una incidencia de la pobreza multidimensional de 72,8%, mayor al nivel nacional que se ubica en 49,0%, según datos del Censo 2005. Asimismo, el 67,0% de los municipios presentan muy alta y alta incidencia del conflicto armado, según el índice de incidencia del conflicto armado del DNP, y concentraron el 94,2% de los cultivos de coca, según el Censo de SIMCI 2016. Por otra parte, los 170 municipios tienen un puntaje promedio de 56,4 en el componente de eficiencia en la evaluación de desempeño integral municipal del DNP del año 2015, frente a 59,8 del resto de municipios. Para el componente de eficacia el puntaje fue de 66,1 para los PDET frente a 75,3 del resto de municipios[65].

Tamaños propósitos del Acuerdo y de la normativa creada para su desarrollo, más las expectativas generadas en las comunidades que han participado para su creación[66], han sido hasta la fecha ignorados por el nuevo Gobierno del presidente Duque. Los 16 planes de acción para la transformación (PART), correspondientes a las 16 subregiones en las que se reagruparon los 170 municipios, ya están formulados, con visión, misión, contextos, puntos por intervenir, etc. Se trata de todo un ejercicio de participación (no exento de críticas) y de similitud frente a los problemas que avasallan a estos municipios escenario aún del conflicto en Colombia. Pero estos planes apenas son el comienzo de la gran tarea y no se observa un panorama claro de desarrollo a corto, mediano ni largo

[64] Colombia, Gobierno Nacional, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, cit., p. 22.

[65] Colombia, Presidencia de la República, Decreto 893 de 2017, cit., p. 6.

[66] Colombia, Agencia para la Renovación del Territrio, *Listos los 16 Planes de acción e los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial – PDET,* Bogotá, 2019, en https://www.renovacionterritorio.gov.co/Publicaciones/listos_los_16_planes_de_accin_de_los_programas_de_de_desarrollo_con_enfoque_territorial__pdet

plazo, además de la falta de claridad en el tema presupuestal[67]. Para agravar el panorama, el nuevo Gobierno de Duque formula una política de enfoque territorial muy a tono con el proyecto de seguridad democrática desarrollado durante las administraciones del Gobierno de Uribe con marcada línea en seguridad y control de orden público, lo que contradice el espíritu del Acuerdo y de los denominados PDET[68].

2.2. Otros enfoques territoriales de la paz. Lectura transversal del Acuerdo

Todos los puntos del Acuerdo tienen un enfoque territorial. Por ejemplo, el segundo, dedicado al tema de la participación política, que hoy presenta avances en algunos aspectos como el denominado Estatuto de Oposición: una deuda histórica con la democracia y el último informe de la Misión Electoral Especial[69] que, aunque polémica, remueve las fibras del anquilosado y mañoso sistema electoral colombiano.

---

[67] Según el documento CONPES 3932, que refiere los lineamientos para la articulación del Plan Marco de Implementación del Acuerdo Final con los instrumentos de planeación, programación y seguimiento a políticas públicas del orden nacional y territorial, el dinero destinado para la implementación de los PDET sería de 79.6 billones de pesos, cuyas fuentes serían las siguientes: i) Presupuesto General de la Nación: 15,4 billones; ii) Cooperación Internacional y privados: 3,9 billones; iii) OCAD paz: 4,4 billones; iv) SGR ordinarios: 3,9 billones; v) recursos propios de entidades territoriales: 4,3 billones; vi) SGP propósito general libre inversión: 1,0 billones y vii) 46,7 billones provenientes de SGP con destinación específica. Además de lo anterior, el CONPES también expone los montos específicos destinados por región así: i) Sierra Nevada-Perijá (8,64 billones); ii) Montes de María (5,76 billones); iii) Catatumbo (3,40 billones); iv) Sur de Bolívar (2,14 billones); v) Bajo Cauca y Nordeste Antioqueño (5,15 billones); vi) Sur de Córdoba (4,14 billones); vii) Urabá Antioqueño (6,02 billones); viii) Chocó (3,87 billones); ix) Arauca (2,44 billones); x) Macarena-Guaviare (3,46 billones); xi) Sur del Tolima (2,24 billones); xii) Alto Patía y Norte del Cauca (12,41 billones); xiii) Pacífico Medio (3,16 billones); xiv) Pacífico y Frontera Nariñense (6,24 billones); xv) cuenca del Caguán y Piedemonte Caqueteño (6,02 billones); xvi) Putumayo (4,44 billones). Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Lineamientos para la articulación del plan marco de implementación del acuerdo final con los instrumentos de planeación, programación y seguimiento a políticas públicas del orden nacional y territorial (documento CONPES 3932)", Bogotá, 2018, en https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3932.pdf

[68] Mediante la Ley 1941 de 2018 se adiciona al artículo 60 de la Ley 418 de 1997 el concepto de zonas estratégicas de intervención integral (ZEII), que tiene como fin "reforzar la protección a la población". Estas ZEII están contempladas en la Ley 19 55 de 2019, Plan Nacional de Desarrollo, y también se establecen lineamientos para su emparejamiento con los PDET.

[69] Colombia, Misión Electoral Especial, *Propuestas reforma política y electoral en Colombia*, Bogotá, 2017, en https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Reforrma-completo-2017-1-1.pdf

Este punto del Acuerdo trata sobre los derechos y las garantías plenas para el ejercicio de la oposición política en general y, en particular, para los nuevos movimientos que surjan luego de la firma del documento, esto es, garantías de seguridad para el ejercicio de la política, para líderes de organizaciones, movimientos sociales y defensores de derechos humanos, garantías para la movilización y la protesta pacífica, participación ciudadana a través de medios de comunicación comunitarios, control y veeduría ciudadana, reforma del régimen y de la organización electoral, promoción de la representación política de las poblaciones y zonas especialmente afectadas por el conflicto y el abandono.

Varios de los aspectos señalados en este punto se relacionan con el mundo de la descentralización política, e incluso con el de la representación territorial. Por ejemplo, el de la frustrada, aún, creación de 16 circunscripciones transitorias especiales de paz para la elección de un total de 16 representantes, por dos periodos electorales. El ajuste a la versión inicial (luego del "No") señala que los candidatos a acceder a estas jurisdicciones transitorias "deberán ser personas que habiten regularmente estos territorios o que hayan sido desplazados por ellos y estén en proceso de retorno. Los candidatos podrán ser inscritos por grupos significativos de ciudadanos y organizaciones de la circunscripción, tales como organizaciones campesinas, de víctimas, mujeres y sectores sociales"[70].

En materia de fin del conflicto o tercer punto, se trata el tema de cese al fuego y de hostilidades bilateral y definitivo y dejación de las armas entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Nuevamente, el escenario se lleva a cabo en los territorios o las denominadas zonas veredales transitorias de normalización (ZVTN) y campamentos. Las ZVTN fueron definidas por el Acuerdo como "zonas territoriales, temporales y transitorias, definidas, delimitadas y previamente concertadas"[71] entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP. Hoy denominados Espacios Territoriales de Capacitación y Reincorporación, en los cuales apenas viven 3348[72] excombatientes. Sobre estos espacios se discute

---

[70] Colombia, Gobierno Nacional, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, cit., p. 48.

[71] Ibíd., p. 223.

[72] Colombia, Agencia para la Reincorporación y la Normalización, *ARN en cifras*, Bogotá, 2019, en http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia/Documentos%20de%20ARN%20en%20Cifras/ARN%20en%20cifras%20corte%20abril%202019.pdf (consultado del 23 de septiembre de 2019).

últimamente su estatus jurídico, e incluso se propone cambiar su figura y convertirlos en veredas[73].

Asuntos logísticos de la movilización de los integrantes de la guerrilla para asuntos de la paz y de manera especial la designación de un grupo de diez de sus integrantes para efectos de la movilización a nivel municipal y departamental. Todo el tema del desplazamiento ya presenciado por los colombianos, hasta el punto de lograrse la concentración de más de 7000 guerrilleros. En este punto específico, se observa el cabal cumplimiento de lo pactado por parte de las FARC (ni un solo tiro ni un solo acto de indisciplina) y, paradójicamente, el incumplimiento por parte del Gobierno (lentitud en el proceso de reincorporación, falta de coordinación y celos entre las diversas entidades encargadas de desarrollar el tema de la implementación).

Hacen parte de la agenda la reincorporación política, la representación política, la creación del nuevo partido político y su correspondiente participación durante dos períodos constitucionales contados a partir del 20 de julio de 2018, participación en el Consejo Nacional Electoral (con voz pero sin voto), reincorporación económico-social mediante el modelo de economía social y solidaria (Economía social del común, Ecomún, afiliación voluntaria), creación del centro de pensamiento y formación política, organización del consejo nacional de reincorporación, censo socioeconómico, garantías para una reincorporación económica y social sostenible (renta básica a partir de la terminación de las ZVTN durante 24 meses más y una asignación mensual para quienes continúen por la ruta educativa en función de los procesos de reincorporación, además de una asignación única de normalización equivalente a dos millones de pesos, seguridad social, planes o programas sociales, pedagogía para la paz, pacto político nacional, medidas de protección, seguridad personal y colectiva y protocolos de protección para los territorios rurales, entre otros.

Entre los varios retos se resalta el tema de la seguridad. Máxime, porque el conflicto y la criminalidad suelen potenciarse una vez superada la fase de negociación y firma de los acuerdos, y en pleno desarrollo de la segunda etapa, la más compleja: el denominado posconflicto, o mejor, posacuerdo.

---

[73] Colombia, Agencia para la Reincorporación y la Normalización, "Al terminar mañana la figura de los ETCR, el Gobierno garantiza la reincorporación de los excombatientes", Sala de prensa, Bogotá, 14 de agosto de 2019, en http://www.reincorporacion.gov.co/es/sala-de-prensa/noticias/Paginas/2019/Al-terminar-manana-la-figura-de-los-ETCR,-el-Gobierno-garantiza-la-reincorporacion-de-los-excombatientes.aspx

El tema del narcotráfico, drogas ilícitas o el desescalamiento de una cultura narcotizada fue tratado en el cuarto punto. Nada más necesario para una guerrilla que terminó cooptada por el mundo de la economía ilegal y del narcotráfico, sin duda, un asunto que afectó su orientación y causas iniciales.

El centro de la política está en la creación de un "nuevo programa nacional integral de sustitución de cultivos ilícitos", en cabeza de la Presidencia de la República, en coordinación con las autoridades departamentales y municipales. Un programa que debe desarrollarse en consonancia con el primer punto de la agenda: reforma rural integral, procesos de articulación de lo nacional, regional y local, construcción participativa y concertada, enfoque diferencial de acuerdo con las condiciones de cada territorio, respeto y aplicación de los principios y las normas del Estado social de derecho, convivencia ciudadana y sustitución voluntaria. Valga recordar que parte de los ajustes después del "No" estuvieron dados en el tema de sustitución voluntario o manual, o el regreso al mecanismo de aspersión suspendido por los efectos colaterales que tenía en asuntos de medio ambiente y de salud. Sin embargo, en este punto se flexibilizó el documento.

Tres son los puntos clave respecto a la sustitución de cultivos ilícitos: el tratamiento a los campesinos cultivadores de coca, con enfoque diferencial e incluso de género; el consumo y la salud pública y, finalmente, el tema de la comercialización, bandas criminales, narcotráfico y corrupción. Los tres ofrecen un tratamiento diferente, especialmente, el enfoque territorial, e incluso de descentralización en el primer enfoque, necesariamente construido en los territorios, de la mano de las autoridades nacionales y bajo el liderazgo del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos Ilícitos. En este aspecto, se resaltan los componentes comunitarios, asambleas, participación, concertación y de intervención urgente en el componente social.

El quinto punto sobre víctimas y diseño de la justicia transicional también tiene enfoque territorial. Una justicia en clave de víctimas, lugar axial en el Acuerdo. Así, pactaron la creación de un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición[74] compuesto por diferentes mecanismos y

---

[74] El Gobierno Nacional y las FARC-EP el 7 de junio de 2014 acordaron una "Declaración de principios" con el propósito de que la discusión del punto 5 se realizara al unísono de tales mandatos. Los principios son: el reconocimiento de las víctimas, el reconocimiento de responsabilidad, satisfacción de los derechos de las víctimas, la participación de las víctimas, el esclarecimiento de la verdad, la reparación de las víctimas, las garantías de protección y seguridad, la garantía de no repetición, principio de reconci-

medidas, tanto judiciales como extrajudiciales. Es decir, un sistema congruente con la justicia transicional[75] y sus axiomas o principios esenciales tendiente a lograr la mayor satisfacción posible de los derechos de las víctimas, asegurar la rendición de cuentas por lo ocurrido, optimizar la transición del conflicto armado a la paz y garantizar tanto la seguridad jurídica de quienes participen en él como la convivencia, la reconciliación y la no repetición de los hechos atentatorios de derechos humanos.

Los mecanismos y medidas, tanto judiciales como extrajudiciales, son los siguientes: la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición; la Unidad para la Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado; la Jurisdicción Especial para la Paz; las medidas de reparación integral y las garantías de no repetición. Todas estas instituciones, mecanismos y medidas irradiadas por lógicas territoriales, de diversidad y de inclusión que se observan tanto en la misma forma de integrar las instituciones, salas u oficinas especiales para proteger importantes enfoques, como el traslado a los territorios, las relaciones con actores, victimarios y víctimas y la recreación de escenarios de contexto que permitirán explicar con mayor claridad las causas y las comisiones de millares de delitos y de la fábrica de víctimas que hoy claman mayor agilidad en el proceso.

Consideraciones finales

Antes de hacer un balance sobre los avances en materia de transición territorial, es necesario reconocer el esfuerzo de la inclusión de dicho enfoque en cada uno de los puntos del Acuerdo de Paz. Se trata de una terea nada fácil. Es claro que dicha pretensión irradió toda la construcción de esta negociación y que va más allá del punto primero del documento. Uno de los grandes retos es conciliar todas estas propuestas en clave de descentralización y de autonomía local, a pesar de las limitaciones que tienen estos conceptos en el marco del Estado unitario para Colombia. Hacen falta esfuerzos y voluntad

---

liación, enfoque de derechos. Comunicado Conjunto, La Habana, 7 de junio de 2014, en https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-07-de-junio-de-2014

[75] Máxime, porque las vías ordinarias son principalmente retributivas y el cese del conflicto requiere de un esquema esencialmente restaurativo que privilegie la recomposición de la sociedad, y no únicamente la investigación y sanción del delito. He aquí la importancia de flexibilizar las lógicas ordinarias que, por sí solas, pueden tornarse insuficientes en un momento de transición.

política de todos los niveles de gobierno: centro, intermedio y local, junto con suficientes recursos para llevar a cabo el proceso de reconstrucción territorial y del tejido social que no dan espera.

El desarrollo pleno de los principios de corresponsabilidad, subsidiariedad, coordinación, concurrencia, regionalismo, pluralidad territorial, diversidad, gradualidad, entre otros, son fundamentales a la hora de desarrollar este tema para la construcción de paz completa. Pero el más importante de todos es la voluntad política del gobierno de turno para llevar a cabo el proceso. Sin este último presupuesto, los avances serán mínimos y de simple maquillaje territorial.

Preocupa la poca voluntad que se observa en el Estado centro para llevar a cabo tamaño reto en los territorios violentados. Por el contrario, las comunidades irradian optimismo y muchas esperanzas en la construcción de los diversos puntos del Acuerdo que marcan la línea en materia de transición territorial. Estamos lejos de cumplir con el eslogan de la "paz territorial", tan distante de los principios de descentralización o de autonomía necesarios o suficientes para la construcción de una paz verdadera, social y completa en Colombia.

Asuntos como la Reforma Agraria Integral, el Fondo de Tierras, el retorno, la restitución, la formalización y la titulación; el mejoramiento de las condiciones de vida de los campesinos y las campesinas; el respeto al campo y al sector rural; la participación política de los territorios del posconflicto; la sustitución de cultivos ilícitos; los programas de desarrollo con enfoque territorial; la acción integral contra las minas antipersonas; la edificación de la institucionalidad; la justicia territorial y el fortalecimiento de la seguridad, entre otros, hacen parte de tamaño propósito. Nada más y nada menos que la construcción del "nunca jamás", de la no repetición de las condiciones que dieron origen a la guerra. Ni hablar del necesario e inmediato cumplimiento del tema transicional de tierras, de la reparación completa e integral de las víctimas del desplazamiento y el despojo. Este tema va más allá del Acuerdo. Cumplir, esa es la gran tarea del Estado y la sociedad colombiana.

Como se observa, varios de estos propósitos son de mediano y largo plazo. Los objetivos más estructurales ni siquiera tienen la esperanza de desarrollarse. Para colmo de males, el Estado pretende llevar desde el centro las soluciones, es decir, aplicar la misma fórmula de administración fallida que ha desarrollado desde hace más de 200 años. Van a los territorios a la usanza de la figura "prefectual": "Napoleón en los territorios". Así, impulsan foros, mesas de trabajo, instancias de concertación y de participación, para luego regresar

a sus cómodos escritorios y diseñar los programas o los proyectos finales, por lo demás, bloqueados ante los trámites propios de las lógicas ordinarias de la contratación estatal, de las épocas preelectorales o la limitada consecución de recursos. Así no se construye la paz territorial.

Con la figura excepcional del *fast track*, algo se avanzó en materia normativa e institucional, pero la llegada del nuevo Gobierno de Duque ralentizó el desarrollo del proceso, al minimizar varios de los avances significativos en dejación de armas, cese al fuego y de hostilidades y establecimiento de mecanismos de implementación y de verificación. Sobre este último punto, hoy se observan dilaciones y bloqueos a la comunidad internacional para la realización de la tarea de acompañamiento y seguimiento. A esto se debe sumar la alerta roja de seguridad para la protección de líderes, sociedad civil y reincorporados (flagelo ocurrido durante los gobiernos de Santos y Duque).

Para el año 2019, el Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame entregó los porcentajes de cumplimiento del Acuerdo (balance 28 de febrero de 2019)[76]: 69% de los compromisos del Acuerdo están en proceso de implementación (un 35% en niveles avanzados de implementación, completamente o a punto de máxima calificación y un 34% en un estado de implementación mínima) y un 31% no ha iniciado su implementación, por ejemplo, "la no aprobación de una reforma político-electoral, las circunscripciones transitorias especiales de paz, o los pocos avances normativos para agilizar la reforma rural"[77].

Si bien se habla de 15 años para el logro completo del proceso de implementación, el no cumplimiento ágil de varios de los compromisos puede llevar a la crisis del proceso, reincidencia guerrillera o de organizaciones criminales, afectación de líderes sociales, excombatientes, sociedad civil y actores comprometidos con el desarrollo de la paz o retorno al conflicto de menor o mayor escala. "La experiencia comparada muestra que los procesos de paz en donde estos mecanismos mejor funcionan, tienen niveles de implementación más

---

76 Instituto Kroc Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), "Tercer informe sobre la implementación del Acuerdo de Paz: la implementación sigue progresando", Bogotá, 2019, en https://kroc.nd.edu/assets/321729/190523_informe_3_final_final.pdf

77 Ibíd.

altos y allí donde dejan de funcionar, el riesgo de recaer en conflicto armado y de que colapse todo el proceso de paz, aumenta de forma significativa"[78].

Según el Instituto Kroc de Estudios Internacionales de Paz de la Universidad de Notre Dame:

> es necesario avanzar de forma más rápida en la implementación de la reforma rural integral y las medidas de apertura democrática recogidas en el Acuerdo Final. La implementación de los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial (PDET), del Programa Nacional Integral de Sustitución de Cultivos de Uso Ilícito (PNIS), de los Planes sectoriales de reforma rural, entre otras medidas, son fundamentales para que los colombianos más desprotegidos sientan que su calidad de vida mejora y que la paz vale la pena[79].

Los porcentajes de cumplimiento punto por punto tampoco reflejan avances significativos en la implementación del enfoque territorial. El caso más grave de incumplimiento está en el punto uno de la agenda: reforma rural integral (51% mínimo, 8% intermedio y 3% completo). Le siguen: solución al problema de las drogas ilícitas (50% mínimo, 18% intermedio y 2% completo); acuerdo sobre víctimas (37% mínimo, 12% intermedio y 11% completo); participación política (35% mínimo, 7% intermedio y 13% completo); mecanismos de implementación, verificación y refrendación (20% mínimo, 12% intermedio y 54% completo), y fin del conflicto (18% mínimo, 17% intermedio y 45% completo)[80].

Tal como se ha señalado en otros escritos, avanzar en este proceso de implementación es necesario para terminar con la "fábrica de víctimas" y construir el Estado en los territorios. A mediano y largo plazo, son insuficientes todas estas medidas para consolidar la paz territorial. Muchas estrategias y políticas se tendrán que impulsar para consolidar la agenda territorial tanto en los territorios focalizados como en toda la geografía nacional. "Barajar de nuevo" en materia de distribución del poder en el territorio es condición vital para el desarrollo de una verdadera descentralización y autonomía que garan-

[78] Ibíd.

[79] Ibíd.

[80] Ibíd.

ticen una paz social y completa. Nada fácil, los *spoilers* y los beneficiados de la guerra estarán en la camino para hacer la tarea y conservar sus privilegios. Por último, es necesario reiterar que la construcción de una paz territorial a pedazos, focalizada y marcadamente centralista está en crisis; esta es apenas una parte del camino, no es el todo.

Bibliografía

Arbeláez Jaramillo, Natalia, "La gente sobrevalora la importancia de la JEP", *La Silla Vacía*, La Silla Académica, Bogotá, 16 de abril de 2019, en https://lasillavacia.com/silla-academica/universidad-externado-de-colombia/la-gente-sobrevalora-la-importancia-de-la-jep (consultado el 22 de septiembre de 2019).

Bagni, Silvia, *Dallo Stato del bienestar allo Stato del buen vivir*, *Innovazione e tradizione nel costituzionalismo latino-americano*, Filodiritto Editore, Bologna, 2013.

Bagni, Sivila, "The constitutionalisation of indigenous culture as a new paradigm of the caring state", *Int. J. Environmental Policy and Decision Making*, vol. 1, n.º 3 (2015), pp. 205-226.

Castro, Jaime, "Cuando el Acuerdo Final ingrese a la Carta, esta dejará de existir", *Revista Semana*, Justicia, Bogotá, 3 de febrero 2017, en http://www.semana.com/nacion/articulo/abogado-jaime-castro-cuestiona-tramite-del-acuerdo-final-en-el-congreso/517258, consulta del 23 de septiembre de 2019.

Centro Internacional Para la Justicia Transicional. *Justicia transicional, manual para América Latina*, ICTJ, Brasil, 2012.

Colombia, Agencia para la Reincorporación y la Normalización, "Al terminar mañana figura de los ETCR, el Gobierno garantiza la reincorporación de los excombatientes", Sala de prensa, Bogotá, 14 de agosto de 2019, en http://www.reincorporacion.gov.co/es/sala-de-prensa/noticias/Paginas/2019/Al-terminar-manana-la-figura-de-los-ETCR,-el-Gobierno-garantiza-la-reincorporacion-de-los-excombatientes.aspx.

Colombia, Agencia para la Reincorporación y la Normalización. *ARN en cifras*, Bogotá, 2019, en http://www.reincorporacion.gov.co/es/agencia/Documentos%20de%20ARN%20en%20Cifras/ARN%20en%20cifras%20corte%20abril%202019.pdf (consultado el 23 de septiembre de 2019).

Colombia, Agencia para la Renovación del Territrio, *Listos los 16 Planes de Acción e los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial – PDET*, Bogotá, 2019, en https://www.renovacionterritorio.gov.co/Publicaciones/listos_los_16_pla-

nes_de_accin_de_los_programas_de_de_desarrollo_con_enfoque_territorial__pdet

Colombia, Congreso de la República. Ley 1962 de 2019.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Índice de incidencia del conflicto armado en Colombia", Bogotá, 2016.

Colombia, Departamento Nacional de Planeación, "Lineamientos para la articulación del plan marco de implementación del acuerdo final con los instrumentos de planeación, programación y seguimiento a políticas públicas del orden nacional y territorial (documento CONPES 3932)", Bogotá, 2018, en https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Económicos/3932.pdf

Colombia, Gobierno Nacional, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, Bogotá, 2016.

Colombia, Jurisdicción Especial Para la Paz, Declaración a la opinión pública, Bogotá, 2019, en https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Paginas/Declaraci%C3%B3n-a-la-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica.aspx (consultado el 23 de septiembre de 2019).

Colombia, Misión Electoral Especial, *Propuestas reforma política y electoral en Colombia*, Bogotá, 2017, en https://moe.org.co/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Reforrma-completo-2017-1-1.pdf

Colombia, Presidencia de la República, Decreto Ley 4633 de 2011.

Colombia, Presidencia de la República, Decreto 893 de 2017.

Estupiñán Achury, Liliana (ed). *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018.

Estupiñán Achury, Liliana (ed.), *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, Bogotá, 2018, pp. 147-189.

Fajardo Montaña, Darío, "La frontera agraria en la construcción de la paz", en Gutiérrez Sanín, Francisco (ed.), *¿Qué hacer con el tierrero? Tierra, territorio y paz sostenible*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, pp. 93-118.

Garay Salamanca, Luis, *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*, Codhes, Bogotá, 2009. Citado por: Gutiérrez Sanín, Francisco, "Lo bueno, lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia: una lectura política e institucional", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 9-37.

García Villegas, Mauricio y Espinosa, José Rafael, *El derecho al Estado. Los efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad - Dejusticia, Bogotá, 2013.

García Villegas, Mauricio, Torres Echeverry Nicolás y Revelo Rebolledo, Javier et al., *Los territorios de la paz. La construcción del Estado local en Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, Bogotá, 2016, pp. 95 y ss.

González, Fernán, "¿Llevar el Estado a las regiones o las regiones al Estado?", en Gutiérrez Sanín, Francisco (ed.), *¿Qué hacer con el tierrero? Tierra, territorio y paz sostenible*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017, pp. 157-211.

González, Jorge Iván, "Transferencias y equidad: hacia la descentralización espacial", en Becker, A., Castro, S. y Cárdenas, M (eds.), *Desarrollo de las regiones y autonomía territorial,* GTZ – Fescol, Bogotá, 2004, pp. 19-43.

Gómez, Octavio, "La UP: historia del fracaso más sangriento en Colombia", *Colombia Plural, Contexto*, Bogotá, 13 de septiembre de 2016, en https://colombiaplural.com/la-up-historia-del-fracaso-mas-sangriento-colombia/ (consultado el 30 de septiembre de 2019).

Gutiérrez Sanín, Francisco (ed.), *¿Qué hacer con el tierrero? Tierra, territorio y paz sostenible*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2017.

Gutiérrez Sanín, Francisco, Peña Huertas, Rocío del Pilar y Parada Hernández, María Mónica (eds.), *La tierra prometida. Balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019.

Gutiérrez Sanín, Francisco, "Lo bueno, lo malo y lo feo de la restitución de tierras en Colombia: una lectura política e institucional", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 9-37.

Hurtado Vera, Guido Germán, "El campesinado en Colombia, un asunto de abandono y olvido", *El Pueblo*, Opinión, 3 de mayo de 2014.

Instituto Kroc Universidad de Notre Dame (Estados Unidos), "Tercer informe sobre la implementación del Acuerdo de Paz: la implementación sigue progresando", Bogotá, 2019, en https://kroc.nd.edu/assets/321729/190523_informe_3_final_final.pdf.

Kalmanovitz, Salomón, "Descentralización sin Representación", *El Tiempo*, Opinión, 5 de marzo de 2017, en http://www.elespectador.com/opinion/descentralizacion-sin-representacion-columna-683103 (consultado el 23 de septiembre de 2019).

Kalmanovitz, Salomón, "Recentralización", *El Espectador*, Opinión, 15 de septiembre de 2019, en https://www.elespectador.com/opinion/recentralizacion-columna-881226 (consultado el 23 de septiembre de 2019).

López Medina, Diego, *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana,* Universidad de los Andes, Legis, Universidad Nacional de Colombia, 2004.

Machuca Pérez, Diana Ximena, "Descifrando el papel de las autoridades locales en la compraventa de tierras en El Carmen de Bolívar", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, R. D. P. y Parada Hernández, M. M. (eds.), *La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 75-115.

Peña Huertas, Rocío del Pilar, Parada Hernández, María Mónica, "De la tierra despojada a la tierra prometida", en Gutiérrez Sanín, F., Peña Huertas, y Parada Hernández, M. M. (eds.), La tierra prometida balance de la política de restitución de tierras en Colombia, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2019, pp. 1-7.

Restrepo, Darío, Dimensiones territoriales del desarrollo, la democracia y el bienestar. Contribución a la agenda alternativa del posacuerdo, CDPAZ - Planeta Paz, Bogotá, 2016.

Restrepo Diego, Alejandro, Gómez, Daniela, Vargas Cáceres, Naryi et al., *Más sombras que luces, la seguridad en Colombia a un año del gobierno de Iván Duque*, Fundación Paz y Reconciliación – Pares, Bogotá, 2019, p. 8, en https://pares.com.co/wp-content/uploads/2019/08/Que%cc%81-paso%cc%81-con-la-seguridad-a-un-an%cc%83o-de-Duque-final-_compressed-Final.pdf (consultado el 21 de septiembre de 2019).

Revista Semana, "Con interpretaciones torcidas se le están otorgando baldíos a quienes no los necesitan", en *Revista Semana*, entrevista, Bogotá, 23 de julio de 2019, en https://www.semana.com/nacion/articulo/catastro-multiproposito-acabara-con-la-acumulacion-y-manejo-ilegal-de-las-tierras/624802 (consultado el 30 de septiembre de 2019).

Rodríguez, Jorge Armando, "Descentralización (y centralización) sin representación. A propósito de la composición territorial del Congreso Colombiano", *Documentos de Trabajo.* Escuela de Economía, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

Teitel, Ruti G., *Justicia Transicional*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017.

Trujillo Muñoz, Augusto y Pérez Flórez, Guillermo, "El ordenamiento territorial en clave de paz: más allá de La Habana", en Barberena, V. y Restrepo, D. (eds.), *Diseños institucionales para la gestión territorial de la paz*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2016, pp. 17-31.

Trujillo Muñoz, Augusto, "Autonomía local: una diferencia entre la paz y la guerra", Gehring, H., Barberena, V. y Restrepo, D. (eds.), *Descentralización en-clave de paz*, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2014, pp. 27-78.

Valencia, León y Ávila, Ariel, *Los retos del postconflicto. Justicia, seguridad y mercados ilegales*, Ediciones B, Bogotá, 2016.

Constitucionalismo transicional colombiano
Aproximación a los enfoques diferenciales en escenarios de construcción de paz

José Rory Forero Salcedo*

Introducción

Este espacio académico en temas de interculturalidad, paz y derechos de la naturaleza resulta propicio para formular algunas ideas y reflexiones sobre los enfoques diferenciales en escenarios de construcción de paz que irradien en la comunidad andina, desde el constitucionalismo transicional colombiano, con el fin de construir estrategias, que desde la academia den pautas que permitan cubrir el déficit de respeto y garantía de los derechos de las víctimas de conflictos armados.

La temática se considera importante, oportuna y pertinente, si se tiene en cuenta que, en las últimas décadas, en el escenario mundial, no siendo la excepción el latinoamericano, los derechos humanos vuelven a ocupar un lugar privilegiado. Esta importancia es derivada paradójicamente del incumplimiento de los estados, a propósito de las obligaciones básicas de respeto, garantía y reparación, especialmente en sociedades en transición como la colombiana[1],

---

* Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España); estudios avanzados en Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid; especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense. Abogado y especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia; coordinador académico de la Maestría en Derecho Disciplinario de la Universidad Libre de Colombia; líder del Grupo de Investigación en Derecho Penal, Derecho Disciplinario y Derechos Humanos, avalado por Colciencias, adscrito a la Universidad Libre de Colombia.

[1] Es el carácter utópico de los derechos humanos dentro de sociedades en transición como la colombiana, no obstante, el mandato constitucional según el cual la paz es un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

en donde el riesgo de violación de derechos es permanente, principalmente para los más vulnerables, esto es grupos y personas a los que nuestra doctrina constitucional ha denominado sujetos de especial protección constitucional, y en quienes lamentablemente no han podido materializar políticas públicas con enfoques diferenciales[2] que contribuirían a su respeto y garantía; sin duda, se trata de la gran asignatura pendiente, por las sombras que van desde la carencia de unas verdaderas acciones públicas de Estado incluyentes, hasta la realización de acciones afirmativas concretas, en particular para las víctimas de conflictos armados.

Lo anterior a pesar de que desde la segunda posguerra, en especial el periodo comprendido entre 1945 y 1950, una vez terminado el conflicto bélico mundial, se dieron como reacción al holocausto hechos tan relevantes como los juicios de Núremberg y Tokio, la creación de la Organización de Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, los convenios de Ginebra, la Constitución italiana, la Ley Fundamental de Bonn, en tanto constituciones axiológicas, rígidas, con carácter superior frente a la ley, en donde los poderes están sujetos a la ley, pero siempre que esté conforme a la Constitución, los sistemas regionales de protección de derechos y el sistema penal internacional; tribunales, sistemas, declaraciones, y textos constitucionales que plantean y luchan por el respeto y garantía de los derechos de las personas, que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y de los grupos discriminados y marginados.

---

[2] Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos. Intervención de la representante en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en la celebración del Día Internacional de los Derechos Humanos organizada por el Distrito Capital de Bogotá. Publicación dada en Bogotá, D. C., el 7 de diciembre de 2006, para Colombia, en http://bit.ly/2krLzZK (consultada el 9 de junio de 2019), en la que se expresa que el diseño y aplicación de enfoques diferenciales tiene grandes potencialidades cuando se convierte en una guía para la formulación y ejecución de políticas públicas, por las siguientes razones: "actúa sobre el efecto y despropósito que la violencia y la desigualdad tiene entre algunos grupos, puesto que permite dar una respuesta integral que consulte sus necesidades particulares; permite reconocer las múltiples vulnerabilidades, discriminaciones que niños y niñas, mujeres, indígenas, afro descendientes, personas privadas de libertad, personas en ejercicio de la prostitución, personas LGBTI, habitantes de la calle, enfrentan; facilita el desarrollo de programas que permitan entender las características, problemáticas, necesidades, intereses e interpretaciones particulares que tengan las poblaciones y que redunden en una adecuación de las modalidades de atención a los mismos permitiendo la integralidad de la respuesta estatal, y permite realizar acciones positivas que no solo disminuyen las condiciones de discriminación, sino que apuntan a modificar condiciones sociales, culturales".

Así las cosas, hechos cumplidos como los del 11 de septiembre en los Estados Unidos y los que le siguen en Madrid, Londres, París, Bruselas, Barcelona, entre otros, reafirman la importancia de la materia, en cuanto replantean la fórmula de solución a la tensión entre seguridad y libertad, derivada de fenómenos como el terrorismo que cada día genera más víctimas, y nos obliga por un momento a reflexionar sobre cómo lograr el respeto, garantía y reparación de los derechos humanos, principalmente en estos escenarios disímiles, esto es, sociedades que aún no han logrado alcanzar la paz, y que se caracterizan por que la vulneración se da respecto de personas, grupos y sufrimientos diversos, lo que implica que el tratamiento de sus derechos se mire desde una óptica con enfoques diferenciales.

El problema investigado es claro, pues se trata de indagar sobre el respeto y garantía de los derechos y deberes de las víctimas de conflictos armados, en tanto personas y grupos en situación de vulnerabilidad y que demandan de los estados una especial protección constitucional y convencional, con aplicación del método de enfoque diferencial, en ámbitos de procesos y acuerdos de paz, desde una óptica transicional, con unos objetivos precisos.

El objetivo general apunta a contextualizar, conceptualizar, caracterizar y categorizar los enfoques diferenciales en el marco del constitucionalismo transicional colombiano, a fin de plantear estrategias que permitan cubrir el déficit de respeto y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado.

Específicamente, buscamos estudiar el proceso que ha experimentado la humanidad, desde el totalitarismo hasta el constitucionalismo de la dignidad humana, la paz, la libertad, la justicia, y la igualdad con enfoque diferencial; analizar las sombras en escenarios de conflicto armado y posconflicto, esto es, la discriminación, violencia, impunidad y corrupción, que afecta principalmente a personas en circunstancias de debilidad manifiesta, a grupos históricamente discriminados y marginados; generando la necesidad de plantear estrategias para cubrir el déficit de respeto y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado en escenarios de construcción de paz, que ayuden a lograr la reconstrucción del tejido social, haciendo énfasis en la justicia transicional disciplinaria colombiana.

Los primeros apartados son descriptivos y explicativos, el último propositivo, resultando como corolario lógico una serie de insumos para la formulación de estrategias y retos que atiendan de manera eficiente el déficit de protección de los derechos de estas personas y colectivos.

En consecuencia, se realiza un estudio ordenado conforme a los temas generales señalados en el sumario, a fin de que el capítulo guarde coherencia, acompañado en lo pertinente el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal de las categorías dogmáticas analizadas, procurando hacer el análisis valorativo, crítico y reflexivo que el asunto demanda y amerita.

En aras de una mayor ilustración, la relación de textos y autores se detallará de manera general al finalizar el capítulo.

1. Enfoques diferenciales en el constitucionalismo clásico, contemporáneo y transicional

1.1. Constitucionalismo clásico

La revoluciones inglesa de 1688, norteamericana de 1776 y francesa de 1789, cuyos aportes, entre muchos otros, en orden cronológico fueron: la Carta Magna, la petición de derechos, el *habeas corpus*, las garantías procesales constitucionalizadas; la declaración de derechos de Virginia y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, respectivamente, representan la base del constitucionalismo clásico, proporcionan los insumos fundamentales para la creación del Estado de derecho, reflejado principalmente en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano con su fórmula basada en la libertad, igualdad y fraternidad: "una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución".

No obstante su incuestionable aporte a la construcción del Estado de derecho desde el dogma de la libertad del constitucionalismo clásico, el enfoque diferencial en materia de derechos no podía representar un imperativo, pues se pensaba de forma ideal y romántica que con la simple consagración de la fórmula "todos nacen libres e iguales ante la ley" se garantizarían los derechos de los hombres y ciudadanos, en cuanto a su libertad, seguridad y propiedad, sin duda una forma de constitucionalismo débil.

Por su parte, el Estado social de derecho formal, que tiene sus primeras manifestaciones en la Revolución mexicana, la Revolución rusa y se concretiza después de la Primera Guerra Mundial en la Constitución de Weimar que no fructificó, y por el contrario tuvo como polo opuesto un triunfo en el totalitarismo del poder ilimitado, concentrado y arbitrario, sin duda el suicidio de la democracia de Weimar, representado en Alemania en el nacionalsocialismo

y en Italia en el fascismo, que llevó a la Segunda Guerra Mundial y a una de las sombras y vergüenzas más grandes para el género humano, teniendo como resultado el holocausto, lo que constituye una afrenta a las grandes conquistas, en materia de derechos que hasta entonces se había dado en la humanidad, por lo que se sepultaron los derechos clásicos de libertad e igualdad, afectando directamente a las personas y grupos hoy de especial protección constitucional y convencional, en quienes se debe aplicar actualmente el criterio diferencial para el respeto, garantía y reparación de sus derechos[3].

Y era obvio, pues en la dictadura es un delito defender los derechos humanos, agravado por la protección de personas en circunstancias de debilidad manifiesta y de los grupos discriminados y marginados; mientras que en el Estado constitucional social de derecho que aparece después de la Segunda Guerra Mundial va a ser y es un delito, considerado igualmente una falta disciplinaría, el vulnerar los derechos humanos de estas personas y grupos por razones de sexo, raza, origen nacional, origen familiar, lengua, religión, opinión política u opinión filosófica, a través de conductas como el genocidio, las masacres, las torturas y las graves infracciones al derecho internacional humanitario[4].

1.2. Constitucionalismo contemporáneo

El Estado constitucional social y democrático de derecho, en tanto conquista del constitucionalismo contemporáneo[5], se predica de las organizaciones políticas en donde el respeto, garantía, protección, guarda y promoción de los derechos humanos constituye la constante, erigiéndose esta forma estatal como el presupuesto esencial para la existencia misma de la dignidad de los seres humanos, desde una óptica antropocéntrica, pero respetuosa de los derechos de la naturaleza en sede biocéntrica, que ha venido construyendo

---

[3] En el escenario dantesco del holocausto, sufrieron las atrocidades del nazismo el pueblo judío, el pueblo gitano, las personas en condición de discapacidad, las personas con diversa orientación sexual, el colectivo de la oposición al régimen, entre otras personas y grupos hoy de especial protección constitucional y convencional.

[4] Conductas tipificadas como delitos y faltas disciplinarias en los ordenamientos penal y disciplinario colombianos.

[5] En la construcción y fundamentación de esta fórmula, véase las grandes aportaciones de los profesores Alexi, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013; y Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012.

el constitucionalismo andino[6]; en tal sentido, brinda a los agentes estatales herramientas como el tratamiento de derechos con criterio diferencial, a fin de superar la discriminación que pueda darse por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

Se trata de Estados con constituciones axiológicas, en tanto cuentan con un núcleo preciso, formado por valores principios, derechos, deberes y garantías constitucionales, convencionales[7] y universales, en el que la dignidad humana emerge como valor fundamental; no en vano constituye el fundamento axiológico de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[8] del 10 de diciembre de 1948, y los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y demás convenios internacionales que vienen a desarrollarla, representando el punto de inflexión para hablar de enfoques diferenciales en derechos humanos, empezando por el enfoque de género[9], pues, en últimas, la dignidad humana no es más que la posibilidad de vivir bien,

[6] En este sentido, véase, por una parte, las extraordinarias aportaciones de De Sousa Santos, Boaventura, *El pluriverso de los derechos humanos*, Ediciones Akal, Madrid, 2019. "Con la intención de ampliar el concepto convencional de los derechos humanos, se plantea su reinvención, de manera que se sitúen al servicio de las agendas de transformación y reconocimiento, distanciados de su origen monocultural". Y, por otro lado, la construcción del nuevo constitucionalismo latinoamericano que se manifiesta en el constitucionalismo transicional en Colombia y el constitucionalismo de la naturaleza impulsado desde Ecuador y Bolivia, en tanto formas de pensamiento jurídico latinoamericano creativo, que rompe paradigmas planteados por el enfoque eurocéntrico o antropocéntrico basado en la "dignidad humana, los derechos humanos, el ser humano; e introduce nuevas categorías en sede biocéntrica, la Pacha Mama, el Sumak kawsay, la dignidad, los derechos de la naturaleza, los seres sintientes, el *in dubio pro nature*", entre otros. Un referente normativo se encuentra por medio del artículo 71 de la Constitución ecuatoriana de 2008.

[7] Ha sido vasta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con unas líneas muy definidas, que van desde el reconocimiento de las víctimas en tanto su centro de gravedad, la regulación del delito de desaparición forzada, la protección de la independencia judicial, la doctrina de la reparación integral, hasta la protección de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, todo con enfoque diferencial, principalmente cuando se trata de los derechos de las mujeres.

[8] Es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, pero también los pactos internacionales de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y demás convenios internacionales que vienen a desarrollarla.

[9] También conocida como la Constitución de la Humanidad, fundamentada en el valor superior de la dignidad humana, en la que se consagra el enfoque de género, cuando puso de presente el sufrimiento de miles de mujeres, niñas y adultas que padecieron el horror del holocausto, bajo el entendido de que los derechos y deberes vienen del pasado, los principios pertenecen al presente y los valores proyectan el futuro de las sociedades y de la humanidad. Un impulso importante a la categoría de los enfoques diferenciales se observa en la jurisprudencia de los sistemas regionales europeo, interamericano y africano de protección de derechos por vía convencional.

como se quiere, naturalmente con los límites constitucionales y sin ningún tipo de humillación o discriminación; de ahí la importancia de hacer efectivo desde la paz el principio de responsabilidad, cuya cláusula general está en el artículo 6-1 superior; el derecho de libertad, cuya norma general se encuentra en el artículo 16 superior; el de igualdad y no discriminación, el cual está en el artículo 13 respecto de poblaciones vulnerables[10]; cometido al que contribuye de manera determinante este método de análisis, impecablemente diseñado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, técnicamente útil, y el cual además está recogido en diferentes normativas universales, convencionales, constitucionales y legales, lo que resulta coyuntural y estructural.

De ahí que el Constituyente de 1991 plasmara de manera diferencial los derechos y libertades formales, clásicos de libertad o fundamentales; los derechos económicos, sociales y culturales de igualdad; los derechos colectivos y el derecho a un ambiente sano, así como los deberes de las personas y los ciudadanos, postulados teóricos que corresponden al deber ser normativo consagrado especialmente para proteger a las personas y a los grupos en quienes se evidencia un déficit de protección de sus derechos[11].

En suma, el deber ser normativo en Colombia responde a los postulados de dignidad humana: libertad, igualdad, solidaridad, participación, justica,

[10] Recordemos la influencia del cristianismo en su génesis, pues al establecer que el hombre tiene unos valores, crea las condiciones propicias para el nacimiento de los derechos, como primer mensaje liberador de la humanidad; la Carta Magna de 1215; el aporte de las universidades de la época que logran redescubrir el saber jurídico del mundo romano; la teoría política de los contractualistas, particularmente Hobbes y Rousseau, con la teoría sobre el pacto social, Montesquieu, Kant y Locke, al plantear que la libertad natural del hombre no puede ser atropellada por él mismo, pero fundamentalmente Locke, quien al realizar la primera descomposición de los derechos, consagrando los tres elementos básicos de seguridad, libertad y propiedad, llevaría a la configuración de los derechos, en donde la teoría de la libertad genérica se traducirá en el sistema de los derechos del hombre y el ciudadano, considerados fundamentales después de la Segunda Guerra Mundial, pensamiento sobre el cual se edificará la democracia constitucional y los derechos humanos como dogma en el marco de los actuales Estados constitucionales.

[11] Pero además de enunciarlos, el Constituyente colombiano estipuló una serie de mecanismos de protección para que el Estado y los poderes públicos y privados los respeten, se redimensionó la institución del Ministerio Público ejercido por el procurador general de la Nación, el defensor del Pueblo y los personeros distritales y municipales; y se consagraron las acciones supralegales de inconstitucionalidad, nulidad, cumplimiento, populares, de grupo, de repetición, pero principalmente la acción de tutela; amén de la excepción de inconstitucionalidad, el derecho de petición, el *habeas corpus*, el *habeas data* y la consagración de una responsabilidad penal, disciplinaria y fiscal. Adicionalmente, la creación de la jurisdicción constitucional y un procedimiento de reforma de la Constitución relativamente rígido en pro de los derechos humanos.

paz y recoge la tradición jurídica de la humanidad, acopiada en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto a la consagración, el respeto y la garantía de los derechos fundamentales de la persona humana, empezando por el valor constitucional de la paz, definida magistralmente por Ferrajoli[12], como "el valor político supremo, prejudicial a cualquier otro, incluida la misma democracia, las libertades fundamentales y los demás derechos humanos, puesto que ella representa la premisa necesaria de todos los otros valores políticos"[13].

1.3. Constitucionalismo transicional

Ahora bien, es innegable que los valores constitucionales, siendo la paz derivada de la dignidad humana uno de ellos, representa el presupuesto básico para que previa utilización del enfoque diferencial se respeten y garanticen los derechos de los asociados, en el marco de un Estado constitucional, social y democrático de derecho, lo que nos obliga así sea someramente a realizar algunas consideraciones sobre este derecho-deber, bajo el entendido de que el poder del lenguaje puede llevar a polarizaciones y crispaciones de una sociedad.

Evidentemente, es claro que la paz no es simplemente la ausencia de la guerra, del conflicto o de la violencia, y, desde el derecho constitucional contemporáneo, la paz tampoco es meramente la norma o regla constitucional, convencional o universal, sino que tiene una dimensión axiológica, principalmente en sociedades en transición, en donde en nuestro criterio debe ser considerada como un valor, un principio, un derecho, un deber y una garantía, que tiene su fuente en la dignidad humana en tanto valor superior, de ahí que la paz se considere un derecho-deber de *titularidad difusa* y de *construcción dialógica*[14]. Resulta diáfano que no hay paz completa sin el respeto y garantía

---

[12] De Cabo de la Vega, Antonio, Pisarello, Gerardo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001. Resulta ilustrativa la posición de Ferrajoli cuando plantea la nueva fundamentación de los derechos fundamentales, partiendo de las tesis relativas a la propiedad privada, la democracia sustancial, la ciudadanía y las garantías.

[13] Del mismo autor, tomado de su artículo "El proceso de paz en Colombia y la justicia penal transicional", fruto de un proyecto de investigación desarrollado en el Departamento de Giurisprudenza de la Universitá degli Studi Roma Tre, 2016.

[14] Estupiñán Achury, Liliana, Bonilla Montenegro, Julián Darío, Burbano Villamarín, Kenneth et al., *Constitucionalismo transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, OPT-IN, Red por el Constitucionalismo Democrático, 2018.

de los derechos, pero también lo es que no hay derechos incluyendo los de la naturaleza sin paz.

El deber ser normativo, jurisprudencial y doctrinal sobre este tema es oceánico, y de ahí que la categoría dogmática tenga un preciso anclaje constitucional en Colombia[15], que va desde considerarla como un valor superior en el preámbulo, necesario para la convivencia en el artículo 2, un derecho y deber fundamental en el artículo 22, innato a la educación en el artículo 67, un deber de la persona y del ciudadano en el artículo 95, y un fin primordial de la Policía Nacional como parte de la fuerza pública, cual es asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz en el artículo 218. Por lo anterior, desde la óptica de la justicia transicional el gran reto de la sociedad colombiana estriba en lograr el punto de equilibrio entre la justicia y la paz, dadas las tensiones derivadas del acuerdo, en lo jurídico por los estándares internacionales, en lo político por la realidad interna y en lo ético, pues involucra el respeto, garantía y reparación de los derechos de las víctimas.

Ahora bien, desde la *conceptualización, contextualización, caracterización y categorización* de la justicia transicional colombiana, la cual focaliza su atención en las víctimas del conflicto armado, retomando el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que ha experimentado el tema, consideramos que el enfoque diferencial en el tratamiento de derechos debe ser un método, una herramienta, un criterio, una orientación, una categoría, una perspectiva y una forma de análisis, y, en este preciso contexto sirve, por una parte, como guía para que el Estado representado en sus poderes legislativo, ejecutivo, judicial y órganos autónomos e independientes, previa visibilización, pueda desplegar acciones y diseñar políticas públicas, dando un trato diferenciado a los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, a los grupos discriminados y marginados.

De otro lado, contribuye en tanto categoría analítica a los operadores o agentes del Estado como criterio, para que en sus actuaciones eliminen las barreras entre los distintos colectivos de la población, dada la discriminación histórica que en la práctica se ha venido dando por razones de sexo, raza, origen nacional, origen familiar, lengua, religión, opinión política u opinión

[15] Así como la categoría de los derechos de la naturaleza constituye un eje transversal de la Constitución ecuatoriana de 2008 (artículo 71), la categoría de la paz representa el eje transversal de la Constitución colombiana de 1991 (artículo 22).

filosófica, a fin de crearles igualdad en el acceso a las oportunidades en la vida política, económica, social, jurídica, comunitaria y cultural.

En este orden de ideas, y como quiera que nuestro estudio se ha venido focalizando en las víctimas del conflicto armado en Colombia, esto es, en las personas en situación de desplazamiento interno nacional y externo internacional, en los campesinos, en los líderes sociales, en los miembros de organizaciones sindicales, en los defensores de derechos humanos, en los periodistas, y en los funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público; entonces pensamos y proponemos que el tratamiento que se les debe dar a sus derechos debe involucrar esta herramienta teniendo en cuenta la siguiente tipología, en la medida que por la fuerza, de manera violenta, fueron arrastrados por diferentes actores a la guerra.

A continuación se procede a realizar una propuesta que permite una ampliada cobertura a minorías importantes: por el ciclo vital o edad, niños, niñas, jóvenes, adolescentes y personas mayores; por la discapacidad, personas con discapacidad física o mental o con habilidades o capacidades especiales; por la pertenencia étnica, comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales, gitanas, Rrom; por el género, mujeres, grupo LGBTI; por la condición económica, persona habitante de calle o en extrema pobreza; por la marginación y exclusión social, personas privadas de la libertad y personas en ejercicio de la prostitución; y por el desconocimiento de las garantías procesales constitucionalizadas en materia sancionadora, penal y disciplinaria, víctimas del conflicto armado cuando acuden a la tutela judicial efectiva de sus derechos.

Los enfoques diferenciales en derechos humanos tienen un amplio desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal, resultando oportuno en el presente apartado pasar revista a varios referentes.

La ley 1448 del 10 de junio de 2011, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno, consagra en su artículo 13:

> El *principio de enfoque diferencial* reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad. Por tal razón, las medidas de ayuda humanitaria, atención, asistencia y reparación integral que se establecen en la presente ley, contarán con dicho enfoque; el Estado

> ofrecerá especiales garantías y medidas de protección a los grupos expuestos a mayor riesgo de las violaciones contempladas en el artículo 3 de la presente Ley tales como mujeres, jóvenes, niños y niñas, adultos mayores, personas en situación de discapacidad, campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos y víctimas de desplazamiento forzado (énfasis en el original).
>
> Para el efecto, en la ejecución y adopción por parte del Gobierno Nacional de políticas de asistencia y reparación en desarrollo de la presente ley, deberán adoptarse *criterios diferenciales* que respondan a las particularidades y grado de vulnerabilidad de cada uno de estos grupos poblacionales; igualmente, el Estado realizará esfuerzos encaminados a que las medidas de atención, asistencia y reparación contenidas en la presente ley, contribuyan a la eliminación de los esquemas de discriminación y marginación que pudieron ser la causa de los hechos victimizantes[16] (énfasis añadido).

La categoría es analizada de manera juiciosa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, cuando establece:

> Otro principio reseñado en la Ley 1448 de 2011 y que se encuentra reseñado en el artículo 13 de esa normativa es el llamado *enfoque diferencial*, a través del cual se reconoce que existen personas con características particulares en razón de su edad, género, orientación sexual y situación de discapacidad, motivo por el cual las medidas

[16] Establece el artículo 3 de la Ley de víctimas: "Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. También son víctimas el cónyuge, compañero o compañera permanente, parejas del mismo sexo y familiar en primer grado de consanguinidad, primero civil de la víctima directa, cuando a esta se le hubiere dado muerte o estuviere desaparecida. A falta de estas, lo serán los que se encuentren en el segundo grado de consanguinidad ascendente. De la misma forma, se consideran víctimas las personas que hayan sufrido un daño al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. La condición de víctima se adquiere con independencia de que se individualice, aprehenda, procese o condene al autor de la conducta punible y de la relación familiar que pueda existir entre el autor y la víctima".

> de atención humanitaria y de reparación integral deberán ser desarrolladas con el fin de evitar la discriminación y la marginación[17]. (Énfasis añadido).

Retomando el desarrollo normativo es necesario traer a colación el Acto Legislativo 1 de 2017 en el que se señala que el SIVJRNR tendrá un enfoque territorial, diferencial y de género.

Por su parte, la Ley 1957 del 6 de junio de 2019, Estatutaria de la Administración de Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, consagró esta orientación que desarrolla el principio de igualdad en su artículo 18, en los siguientes términos:

> El funcionamiento de la JEP dará énfasis a las necesidades de las víctimas mujeres, niñas y niños, quienes sufren de una manera desproporcionada y diferenciada los efectos de las graves infracciones y violaciones cometidas con ocasión del conflicto. Las reparaciones en el SIVJRNR deben responder al llamado de las Naciones Unidas en cuanto a que todo acuerdo de paz debe adoptar un *enfoque de género*, reconociendo las medidas de reparación y restauración, el sufrimiento especial de las mujeres, y la importancia de su participación activa y equitativa en la JEP. Las actuaciones de la JEP en lo que tiene que ver con los pueblos y comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, raizales, palanqueras y Rom y sus miembros individualmente considerados, tendrán un *enfoque étnico*, lo cual implica identificar el impacto diferenciado del conflicto armado sobre estos pueblos y comunidades étnicas y el ejercicio de sus derechos fundamentales y colectivos, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, el Convenio 169 de la OIT, el Convenio Internacional para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, y demás normatividad aplicable. (Énfasis añadido)

---

[17] Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-083 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo. En la que la Corte reitera que los derechos de las víctimas del conflicto armado colombiano son fundamentales y tienen protección constitucional. Es por ello que "el Estado tiene como deber garantizar su protección y ejercicio estableciendo medidas que les permitan a los afectados conocer la verdad de lo ocurrido, acceder de manera efectiva a la administración de justicia, ser reparados de manera integral y garantizar que los hechos victimizantes no se vuelvan a repetir".

Por su parte, la Organización de Naciones Unidas se ha pronunciado en infinidad de ocasiones sobre la necesidad de aplicar enfoques diferenciales en el tratamiento de los derechos humanos, señalando que, en términos generales, aplicar el enfoque de derechos a las políticas públicas implica diseñarlas, implementarlas y evaluarlas sobre la base de cinco principios rectores:

> *En primer lugar*, el principio de participación, libre y significativa de las personas afectadas o interesadas en la política, en la medida en que no son receptores pasivos de un beneficio sino titulares activos de un derecho. *En segundo lugar*, el principio de responsabilidad, derivado del hecho de que todos los derechos implican una obligación. *El tercer principio* es el de no discriminación, que exige garantizar condiciones de igualdad real mediante la incorporación de lo que se conoce como *enfoque diferencial*, es decir, de criterios de análisis que permitan tener en cuenta necesidades y circunstancias específicas por razones de género, edad, grupo étnico, nivel de educación, discapacidad, y cualquier otra variable relevante según el contexto. El enfoque diferencial, como mecanismo para prevenir la discriminación, exige que se disponga de información desagregada que permita identificar las características de las personas y los grupos y el impacto diferenciado de las intervenciones. *El cuarto principio* del enfoque de derechos es el empoderamiento, entendido como la necesidad de capacitar a las personas para el ejercicio activo de sus derechos, lo cual abarca mucho más que el hecho de intervenir simplemente para satisfacer sus necesidades. *Finalmente*, el enfoque de derechos establece que los estándares mínimos de las políticas son los definidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Concebidas de esta manera, las políticas públicas deben ser evaluadas en términos de su impacto en la garantía y ejercicio de los derechos humanos[18]. (Énfasis añadido)

---

[18] Intervención de la representante (e) en Colombia del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la celebración del Día Internacional de los Derechos Humanos organizada por el Distrito Capital de Bogotá. Publicación dada en Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2006.

2. Las sombras en escenarios de conflicto armado y posconflicto: discriminación, violencia, impunidad y corrupción, antítesis de la dignidad de las personas y grupos con especial protección constitucional

2.1. La discriminación, antítesis de la igualdad

La Carta Política colombiana de 1991[19] representa el fundamento de los enfoques diferenciales, a fin de que se puedan materializar los valores, principios, derechos, deberes y garantías, principalmente el principio de igualdad, en tanto punto de partida y de llegada, enfatizando en la no discriminación y buscando la realización de acciones afirmativas, en aras de que la igualdad sea real y efectiva; en consecuencia, el trato que se le dé a cada persona y grupo debe corresponder a su particular condición y situación, y desde el respeto a la diferencia, el Estado debe adoptar medidas a favor de colectivos que comprobadamente han sido discriminados, excluidos, marginados, y sobre los cuales en la práctica se presenta un déficit fuerte de protección y garantía de derechos.

Sin embargo, como si no existiera el pacto político y social que hicimos en 1991[20], a pesar de los esfuerzos que se vienen realizando, principalmente desde la jurisdicción y la academia, aún se siente la crisis en lo económico, en lo social, en lo político y en lo jurídico, consecuencia de las debilidades de una sociedad, a la que le falta conciencia, solidaridad, sensibilidad, humanización, en fin, respeto a los derechos fundamentales, en especial, de quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, discriminación, exclusión y marginación, ante la violación perpetrada principalmente por grupos paramilitares, grupos

---

[19] Génesis de la Constitución colombiana de 1991 fue el movimiento de la séptima papeleta, proceso en el que tuve el honor de intervenir, como respuesta y rechazo de los estudiantes de la época a la corrupción y al narcotráfico que había invadido todas las esferas de la sociedad colombiana, erigiéndose la Carta Política en una herramienta constructora de paz. Así mismo, nuestra propuesta en el prólogo de fortalecer para negociar cinco propuestas para la Coordinadora Guerrillera Simón Bolívar que hicimos en 1997.

[20] En efecto, si bien es cierto la Constitución Política de 1991, de gran contenido axiológico e inspirada en gran medida en las constituciones italiana, alemana y francesa de la segunda posguerra mundial, así como en la Constitución española de 1978, consagró de una parte catálogos amplios sobre derechos, garantías y deberes; y, de otra, estipuló una gama grande sobre mecanismos de participación ciudadana, buscando desarrollar una cultura ética, humana y política en su población, los cuales han tenido una proyección legal; también lo es, que han quedado relegados en gran medida a simples postulados teóricos, principalmente en lo que atañe a la paz como un derecho y un deber de obligatorio cumplimiento.

guerrilleros y algunos miembros de la fuerza pública, sombras que sin duda dificultan el diseño de verdaderas políticas públicas que logren sacar del papel los derechos de estas personas y grupos de especial protección constitucional, y en quienes sin duda el Estado está en mora de brindarles verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición. A continuación se presentan dichos grupos y personas.

Por el ciclo vital o edad, los niños, niñas, jóvenes, adolescentes y personas mayores cuyo reclutamiento para la guerra por parte de los diferentes actores del conflicto resultó y resulta una práctica despreciable y violatoria de las reglas mínimas del derecho internacional humanitario.

Las personas con discapacidad física o mental o con habilidades o capacidades especiales, cuyo aprovechamiento para fines bélicos resulta execrable.

Por la pertenencia étnica, de las comunidades indígenas, negras, afrocolombianas, palenqueras, raizales, rom, sin duda grupos que fueron y han sido de los más golpeados por el conflicto armado en la medida que han vivido los estragos de la guerra, pues en ellos se han perpetrado masacres, torturas y graves infracciones al DIH, razón por la que en los acuerdos de paz entre el Gobierno y las FARC-EP se les dedicó un apartado especial.

Por el género y orientación sexual, las mujeres y el grupo LGBTI: lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, intersexuales, colectivos que sufrieron y sufren toda serie de vejámenes durante el conflicto armado, principalmente la violencia sexual.

Por la condición económica, las personas habitantes de calle o en extrema pobreza, condición que resultó propicia para que estos grupos irrespetaran sus derechos.

Por la marginación y exclusión social, las personas privadas de la libertad, personas en ejercicio de la prostitución, para quienes en idéntico sentido se dio y vienen dando muchas formas de discriminación.

Y por el desconocimiento de sus garantías procesales constitucionalizadas en materia sancionadora, penal y disciplinaria, las víctimas y victimarios, y de ahí la importancia para evitar la impunidad desde el derecho penal y disciplinario transicional, de consagrar la imprescriptibilidad de delitos y las faltas disciplinarias de lesa humanidad, y considerar a la víctima como sujeto procesal, así como la ampliación de términos en las etapas procesales cuando se investigan delitos y faltas por violación a los derechos humanos e infracciones graves al DIH, categorías que ha venido construyendo el derecho disciplinario

en Colombia con enfoques diferenciales y que representan grandes aportaciones a la justicia transicional.

2.2. La violencia y la impunidad, antítesis de la justicia

Representa la violencia otra de las grandes sombras de nuestra sociedad[21], particularmente la padecida por las víctimas del conflicto armado, por la intolerancia de los grupos alejados de la Constitución y de la ley, que al lado de una Administración Pública poco operante hace que estos grupos se disputen la titularidad del territorio para realizar actividades ilícitas como el narcotráfico, la minería ilegal y el despojo violento de tierras, vulnerando en forma sistemática sus derechos fundamentales. Esta circunstancia genera cada día mayor miseria y desplazamiento forzado, haciendo nugatorio el anhelo de paz del pueblo colombiano, bajo el entendido de que a la paz como derecho y deber solamente se puede llegar por el sendero de la justicia social[22].

La violencia se manifiesta entre otras conductas en los genocidios, torturas, masacres y graves infracciones al derecho internacional humanitario, en tanto delitos de lesa humanidad y faltas disciplinarias gravísimas, conductas que son la principal causa del déficit en cuanto al respeto y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado, y dificultan la reconstrucción del tejido social en Colombia.

Ante este déficit de respeto, garantía y reparación, el enfoque diferencial "emplea una lectura de la realidad que pretende visibilizar las formas de

[21] La violencia siempre ha estado presente desde la conquista, la colonia, la independencia, y basta con recordar en nuestra vida republicana las constituciones decimonónicas que de alguna manera se dieron después de la terminación de un conflicto armado, llámese guerra de Independencia o guerra civil; qué no decir de la situación del país durante el siglo XX, que va desde la llamada violencia liberal, pasando por la conservadora, en donde ser liberal o conservador, más que ser de un partido político, era una forma de ser, para llegar al pacto bipartidista del Frente Nacional, que representó la solución al problema de la violencia, pero que fue la causa entre otras de la aparición de los grupos guerrilleros, debido al monopolio del poder por parte de los dos partidos, que descartó cualquiera otra opción política, económica o social.

[22] Grupos guerrilleros, grupos armados organizados residuales, grupos paramilitares, narcotráfico, bandas criminales, delincuencia común, minería ilegal, lavado de activos internacionales, cuyo actuar permanente genera la crisis que en forma directa o indirecta afecta al pueblo colombiano, que de no solucionarse más temprano que tarde y con el concurso de todos, inexorablemente llevará a la destrucción de la fórmula, Estado Constitucional Social y Democrático de Derecho, quedando allanando el camino para el indeseable Estado totalitario, resultando la discriminación, la violencia, la impunidad y la violencia como únicos legados para las generaciones venideras.

discriminación contra aquellos grupos o pobladores considerados diferentes por una mayoría o por un grupo hegemónico”[23].

Es por esta razón que desde el encuentro exploratorio de 2012, dado entre el Gobierno y las FARC-EP, se acuerda que el resarcimiento de las víctimas debería estar en el centro de cualquier arreglo, y una vez materializado, se creó el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición, que debe contribuir a la lucha contra la impunidad, combinando mecanismos judiciales que permiten la investigación y sanción de las graves violaciones a los derechos humanos y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, con mecanismos extrajudiciales complementarios que contribuyan al esclarecimiento de la verdad de lo ocurrido, la búsqueda de los seres queridos desaparecidos y la reparación del daño causado a las personas y a los colectivos en todo el país.

Otra de las sombras y aspectos más cuestionados es el que tiene que ver con la impunidad que se presenta en los sistemas de justicia ordinaria y que no ha sido ajeno a la justicia transicional, flagelo que lamentablemente ha permeado los sistemas descritos, esto es el acuerdo con los paramilitares derivado de la Ley de Justicia y Paz (LJP), en la que el centro era el victimario, Ley 975 de 2005; y la Justicia Especial para la Paz (JEP) derivada del acuerdo con la guerrilla FARC-EP, en el que el centro es la víctima del conflicto armado, acorde con las reglas de la Ley 1448 de 2011.

A pesar del acuerdo marcado por muchas vicisitudes derivadas de la tensión entre justicia y paz, dadas las connotaciones jurídicas por los estándares internacionales, políticas por la realidad interna y éticas por los derechos de las víctimas, resulta preocupante que aumenten las cifras de homicidios de líderes sociales en Colombia, en territorios en donde el narcotráfico, la minería ilegal y el despojo de tierras es la constante.

---

[23] Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos, Intervención de la representante en Colombia del alto comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en la celebración del día internacional de los derechos humanos organizada por el Distrito Capital de Bogotá. Publicación dada en Bogotá, D. C., el 7 de diciembre de 2006, para Colombia, en http://bit.ly/2krLzZK (consultado el 9 de junio de 2019), se advierte que el enfoque diferencial *permite* “visibilizar el recrudecimiento de la violencia y violación de los derechos humanos en forma sistemática a poblaciones y grupos considerados histórica y culturalmente con criterios discriminatorios; evidenciar la ausencia de políticas públicas con enfoque de derechos; señalar las dificultades y resistencias para reconocer las asimetrías, desigualdades, vulnerabilidad y necesidades de las poblaciones consideradas como diferentes, y mostrar la invisibilización y visión limitada sobre las características de dichas poblaciones”.

2.3. La corrupción, antítesis de la dignidad humana, de la igualdad, de la justicia y de la paz

Los quiebres y sombras institucionales descritas tienen una causa común, representada en la corrupción en sus diferentes órdenes, nacionales y transnacionales que avanza a pasos agigantados, en tanto flagelo que atenta contra el Estado Constitucional, contra sus valores y principios, empezando por la dignidad humana,[24] pues desconoce los derechos fundamentales, sociales, colectivos, secuestra su democracia, crea injusticia, desigualdad social, violencia, marginación y exclusión, al imposibilitar una verdadera inversión social, generando un grave deterioro e inestabilidad institucional y llevando a una minoría a la pérdida paulatina de la legitimidad, en cuanto a la forma de gobierno democrática establecida en el ordenamiento supremo.

El panorama no puede ser más desolador, a lo que se suma la situación de pobreza y miseria de gran parte de la población, que, dada la desigualdad social generada en gran medida por el saqueo de los recursos públicos por parte de algunos de los servidores del Estado, en polo opuesto del derecho que tienen los ciudadanos a una buena Administración Pública[25], no cuenta con los servicios sociales necesarios, con un empleo formal y estable, con una vivienda digna, una educación de calidad, una seguridad social o un servicio de salud decente; particularmente en las entidades territoriales, cuyas poblaciones han sido golpeadas fuertemente por este fenómeno, a pesar de los esfuerzos normativos por materializar la descentralización, pero que por falta de control institucional y ciudadano está originando la llamada recentralización de recursos.

Ciertamente, la realización de la igualdad a través de la procura de un mínimo existencial[26] y la igualdad de oportunidades sociales en este contexto

---

[24] Pico Della Mirandola, Giovanni, "Discurso sobre la dignidad del hombre", *Revista Digital Universitaria*, vol.11, n.º 11 (2010). "Tú, en cambio, no constreñido por estrechez alguna, te la determinarás según el arbitrio a cuyo poder te he consignado. Te he puesto en el centro del mundo para que más cómodamente observes cuanto en el existe. No te he hecho ni celeste ni terreno, ni mortal ni inmortal, con el fin de que tú, como árbitro y soberano artífice de ti mismo, te informases y plasmases en la obra que prefirieses. Podrás degenerar en los seres inferiores que son las bestias, podrás regenerarte, según tu ánimo, en las realidades superiores que son divinas".

[25] Tal como lo establece la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 41.

[26] Madriñán R., Ramón Eduardo, *El Estado social de derecho*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, p. 55.

se hace inexistente, generando cada día mayor exclusión social, marginalidad política y desigualdad económica, en sí creando un alto riesgo para la integridad de niños, niñas, jóvenes, adolescentes y personas mayores; personas en condición de discapacidad física o mental o con habilidades o capacidades especiales; comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales, gitanas; mujeres, grupo LGBTI; persona habitante de calle o en extrema pobreza; personas privadas de la libertad, personas en ejercicio de la prostitución; y víctimas del conflicto armado cuando acuden a la tutela judicial efectiva de sus derechos.

3. Estrategias para el déficit de respeto y garantía de los derechos de las víctimas del conflicto armado, escenarios de construcción de paz y reconstrucción del tejido social desde el respeto a la diferencia en la justicia transicional disciplinaria

3.1. Políticas públicas del Estado fundamentadas en valores, principios, derechos, deberes y garantías constitucionales, convencionales y universales

Una vez revisado el deber ser normativo, jurisprudencial y doctrinal y planteadas las grandes sombras que se ciernen sobre el conflicto armado y el posconflicto, en tanto antítesis de la dignidad de las personas con especial protección constitucional y convencional, resulta obligatorio en esta tercera parte plantear algunas estrategias, desafíos y retos para cubrir el déficit de respeto y garantía de derechos de estas personas y grupos, desde el referente de la Ley de víctimas y restitución de tierras, que sin duda representa un hito en nuestra historia de violencia, en un país que siempre había legislado para los victimarios pero que había abandonado a las víctimas. Es así como la normativa plantea la reparación integral, que puede ser individual, colectiva y de retorno o reubicación, en cuanto a la restitución de tierras que se ha retrasado debido a que están ubicadas en zonas en las que el ingreso es difícil debido a la situación de orden público[27].

En este contexto, y partiendo de la constitucionalización y convencionalización del derecho, y bajo el entendido de que los derechos fundamentales

[27] El balance de la Ley de Víctimas a la fecha no es el más satisfactorio si se miran las cifras de reparación y restitución de tierras que se han materializado, por lo que se piensa en una prórroga en su vigencia, de diez años más a partir de 2021.

pertenecen al mundo de la realidad y no de la utopía, pensamos que para relegitimar la democracia es urgente diseñar verdaderas políticas públicas de Estado, no simples políticas de gobierno como tímidamente se ha venido haciendo, que dentro de la transversalidad de los derechos humanos y el enfoque diferencial auspicie el cambio del comportamiento de los particulares y servidores públicos, situación que hace que se convierta en un paradigma de respeto y garantía, para lograr superar el déficit de derechos de los grupos vulnerables, pues al ser una guía para la acción del Estado esta técnica toma en cuenta dicho análisis "para brindar adecuada atención y protección de los derechos de la población, a través del diseño de políticas públicas, a fin de que la igualdad sea real y efectiva"[28].

En este ámbito, el compromiso de la sociedad frente al respeto de los derechos humanos como valor fundamental es evidente. Debe entenderse que dicha tarea no puede ser consecuencia de esfuerzos individuales y aislados, se trata de un desafío colectivo que ha de involucrar tanto a gobernantes y gobernados, dentro del concepto imperante en el código político colombiano, traducido en la democracia participativa, en tanto consenso entre iguales de una sociedad altamente desigual[29].

Solo en la medida en que la sociedad colombiana logre transformar la democracia formal existente en una democracia real, se recobrará la legitimidad y credibilidad institucional, a través de la cristalización de la democracia sustancial[30], como la plantea Ferrajoli, pues no hay que perder de vista que sin derechos no hay democracia, pero sin paz no hay derechos, ni democracia, ni desarrollo, y para lograr la paz es necesaria la justicia, empezando por la justicia social.

Para tal cometido es menester que la población sea consciente de lo que significa la primacía del interés general, la justicia social, el respeto a la diferencia, la inclusión, conceptos enmarcados dentro de los valores propios de toda sociedad civilizada; que los servidores públicos entiendan la función pública

---

[28] El derecho internacional de los derechos humanos institucionalmente reconoce los enfoques diferenciales al identificar que ciertas personas, pueblos y grupos deben tener una protección constitucional y convencional diferenciada acorde con el sistema de Naciones Unidas.

[29] La democracia real es la forma de gobierno que satisface los anhelos de la dignidad humana, justicia, libertad e igualdad.

[30] De Cabo de la Vega, Antonio y Pisarello, Gerardo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

encomendada y que no puede discriminar a ningún grupo; que se fortalezca el aparato jurisdiccional del Estado, implementando los mecanismos necesarios para una oportuna administración de justicia en los diferentes campos, transicional, penal y disciplinaria, principalmente para que se sancionen los abusos y maltratos que se cometan en contra de las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, para que el juez del Estado constitucional social y democrático de derecho que ha de ser competente, imparcial, objetivo e independiente, logre satisfacer las exigencias concretas de la justicia, formal y material, evitando la impunidad; redimensionando el control ciudadano e institucional sobre la gestión pública, para lograr la correcta fiscalización del erario y de esta forma el debido manejo e inversión de los dineros públicos, que permitan diseñar las políticas públicas de Estado de inclusión, acciones concretas y verdaderas de construcción social.

En tal sentido, uno de los temas más importantes del acuerdo de paz fue la inclusión del enfoque diferencial particularmente el de género y el étnico, herramienta necesaria para visibilizar a las víctimas del conflicto armado, es decir, personas y grupos que vivieron los horrores de la guerra y a partir de ese reconocimiento lograr la reparación y restablecimiento de sus derechos, a través de acciones afirmativas e integrales que respeten su dignidad humana.

3.2. Capacitación en derechos y deberes con enfoques diferenciales

La Organización de Naciones Unidas se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre la necesidad de aplicar enfoques diferenciales en el tratamiento de los derechos humanos, señalando en términos generales que aplicar el enfoque de derechos a las políticas públicas implica diseñarlas, implementarlas y evaluarlas sobre la base de varios principios, entre los que destaca el empoderamiento, lo que conecta de manera directa con nuestra propuesta de capacitación en derechos y deberes con enfoques diferenciales.

En efecto, el constitucionalismo colombiano que partió de 1991 pretende moralizar, combatiendo la corrupción, transformando la sociedad reduciendo las desigualdades, y asegurar la convivencia pacífica, desde el respeto a la diferencia, como un fin esencial. En consecuencia, el camino correcto para lograr el respeto, garantía y reparación de las víctimas del conflicto armado, como estrategia complementaria, está en equilibrar desde la dignidad humana, la autoridad y la libertad, formando de manera preventiva ciudadanos y funcionarios, en

valores y en principios, desde la casa, en la escuela, en el colegio, en la universidad, en el trabajo, a fin de que puedan pedir cuentas al gobernante de turno con conocimiento y autoridad; es decir, personas y ciudadanos respetuosos de la diferencia, para así tener en el futuro servidores públicos honestos, comprometidos con el interés colectivo y cumplidores de sus deberes funcionales, lo que llevaría a encontrar verdaderos puntos de equilibrio entre el interés general y la dignidad humana, entre la seguridad y los derechos fundamentales, dentro de un orden político, económico y social justo, como plantea el ordenamiento superior, previa materialización del principio de responsabilidad que todos tenemos dentro del Estado, particularmente la responsabilidad de los poderes públicos, para no solamente tener Constitución, sino también estar y contar con la Constitución para resolver nuestros problemas[31].

Solamente así se logrará un verdadero respeto y garantía de los derechos humanos, acorde con los postulados de dignidad humana, paz, libertad, igualdad, solidaridad, justicia, participación, fruto de las conquistas alcanzadas por la racionalidad a lo largo de la historia, no solamente para los más vulnerables, sino también con los más vulnerables, estas son personas y grupos históricamente discriminados y marginados.

En sede institucional, es una de las funciones asignadas constitucionalmente en Colombia al Ministerio Público, ejercido por la Procuraduría General de la Nación, por el Defensor del Pueblo y por los personeros distritales y municipales, quienes igualmente deben velar por la protección del interés público, por la vigilancia de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, por la guarda y promoción de los derechos humanos, so pena de incurrir en falta disciplinaria sancionable de conformidad con el Código Único Disciplinario[32].

Se trata de tomar la Constitución en serio y, a partir de este postulado, propugnar por la defensa y difusión de los derechos humanos, como deber de las personas y los ciudadanos, al lado del respeto de los derechos ajenos, el no abusar de los propios, y la educación y promoción de los derechos humanos,

---

[31] Planteamiento del constitucionalista español Pablo Lucas Verdú, "Tener y estar en Constitución", *Revista de Derecho Político*, de la UNED, n.º 75-76 (mayo-diciembre de 2009), pp. 275-285.

[32] Colombia, Congreso de la República, Ley 734 de 2002. Derogado por el Código General Disciplinario (CGD), Ley 1952 de 2019, a partir del 1 de julio de 2021.

en cuanto imperativo académico, derivado de la responsabilidad social que tiene la academia en el marco de un Estado social de derecho.

3.3. Materialización de los sistemas integrales de verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición, desde la justicia transicional disciplinaria

El Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición está compuesto por la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la no Repetición, la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado y la Justicia Especial para la Paz, y se enmarca dentro de "los procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación, exigidos por Naciones Unidas"[33].

La anterior afirmación se identifica como verdad imparcial, contrastada entre los diferentes actores del conflicto, anclada en la diversidad, realizada más desde el territorio que desde el escritorio, pensando en las víctimas, pues su sufrimiento debe ser el motor de la unión para conseguir la verdadera paz, la convivencia y la no repetición; esto quiere decir una unidad especial para la búsqueda de personas dadas por desaparecidas en el contexto y en razón del conflicto armado que opere de manera eficiente.

---

[33] Reyes Alvarado, Yesid y Mantilla Falcón, Julissa, *¿Ideología o perspectiva de género en la justicia constitucional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019. Tomado del informe del secretario general de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616, párr. 8, en https//undocs.org/es/s/2011/634, citado por Julissa Mantilla Falcón, quien describe el derecho a la verdad como "el derecho inalienable de los pueblos de conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos en el pasado, relativos a la perpetración de crímenes aberrantes, así como de las circunstancias y los motivos que los ocasionaron; *el derecho a la justicia en tanto* obligación de los estados de investigar las violaciones de los derechos humanos y las infracciones al DIH, tipificadas como crímenes en la legislación nacional o internacional, tales como el genocidio, los crímenes de guerra, los crímenes de lesa humanidad; *el derecho a la reparación, concebido como* un mecanismo centrado fundamentalmente en las víctimas, que puede facilitar la reconciliación y la confianza en el Estado, lo cual se deriva de una paz más duradera en las sociedades en conflicto; y las garantías de no repetición, en tanto obligación del Estado de adoptar medidas adecuadas para que las víctimas no puedan ser objeto de violaciones de sus derechos, para lo cual deberán emprender reformas institucionales y otras medidas necesarias para asegurar el respeto del imperio de la ley, promover y mantener una cultura de respeto de los derechos humanos y restaurar o establecer la confianza pública en las instituciones gubernamentales".

La jurisdicción especial para la paz debe resolver los conflictos desde una lógica penal y disciplinaria transicional fundamentada en la reconciliación, a diferencia de la justicia retributiva que busca depurar la responsabilidad del victimario con penas privativas de la libertad; sin embargo, es claro que en la justicia transicional restaurativa dichas conductas tienen otras consecuencias, lo que sucede es que son diferentes a las que plantea la justicia retributiva, y son las medidas que lleven a la reparación integral para la construcción de la paz y las garantías de no repetición.

Finalmente, pensamos que se debe consolidar una justicia transicional transparente que, utilizando este método de análisis diferencial en el tratamiento de derechos, responda a las pretensiones para las cuales fue creada en su génesis, es decir, para garantizar los derechos de las víctimas. Una justicia penal transicional, creada para exigir la responsabilidad de los victimarios, dentro del debido proceso; una justicia disciplinaria transicional, para que respondan los miembros de la fuerza pública, que desplegaron conductas constitutivas de falta disciplinaria gravísima dentro del conflicto, en tanto servidores públicos con relación de sujeción especial intensificada, pero naturalmente con el respeto de las garantías procesales constitucionalizadas.

Como se puede percibir, es claro el protagonismo de la Jurisdicción Especial para la Paz dentro de los procesos penales, disciplinarios y administrativos. Efectivamente, en relación con los procesos disciplinarios adelantados en contra de servidores públicos, principalmente miembros de la fuerza pública, con ocasión del conflicto armado, por conductas violatorias de los derechos humanos y graves violaciones al derecho internacional humanitario, esta nueva jurisdicción está facultada para anular o extinguir sanciones disciplinarias; lo que genera, sin duda, una tensión fuerte con claras repercusiones para los derechos de la víctimas, entre el valor superior de la justicia y el principio de seguridad o certidumbre jurídica, propio de un Estado constitucional, social y democrático de derecho[34].

---

[34] Identificado por medio del Acto Legislativo 1 del 4 de abril de 2017, que crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones, al establecer: artículo transitorio 6°. Competencia prevalente. "El componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el Acuerdo Final, prevalecerá sobre las actuaciones penales, *disciplinarias* o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas. Respecto a las sanciones o investigaciones disciplinarias o administrativas, incluidas las

A manera de corolario podemos afirmar que el derecho disciplinario transicional colombiano en clave de enfoque diferencial puede contribuir en la materialización del Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de no Repetición. Evidentemente, el derecho disciplinario[35] cimentado en el principio de igualdad con enfoque diferencial que se ha venido construyendo en Colombia en estos casi treinta años, en tanto forma de pensamiento jurídico latinoamericano creativo, desempeña un papel muy importante, dadas las aportaciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales, erigiéndose en un instrumento clave para combatir las sombras, en este escenario colombiano dantesco del conflicto armado y del posconflicto, como han sido la discriminación, la violencia, la impunidad y la corrupción, en tanto antítesis de la dignidad de las personas y grupos con especial protección constitucional y convencional.

En efecto, el Código Único Disciplinario consagró como faltas gravísimas de los servidores públicos conductas como el genocidio, las masacres, las torturas y las graves infracciones al derecho internacional humanitario, pues no hay que perder de vista que los funcionarios, dado su *status funcionarial*, se encuentran frente a la Administración Pública en una típica relación especial de sujeción, circunstancia por la cual tienen un tratamiento distintivo en cuanto a sus derechos, deberes y sistema de responsabilidad, en tanto sus derechos se limitan de manera más fuerte a los de los ciudadanos del común

pecuniarias impuestas a personas naturales en cualquier jurisdicción, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se limitará bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria o administrativa impuesta por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado. En todo caso, la solicitud no podrá llevar aparejada la reapertura de una investigación penal por los mismos hechos. En caso de que se solicite la revisión de la sanción impuesta o la extinción de la sanción y responsabilidad, será competente la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz. Respecto a los investigados, será competente la Sala de Definición de Situaciones Jurídicas" (énfasis añadido).

[35] No hay que olvidar que con la adopción del primer protocolo adicional de 1977 a los convenios de Ginebra de 1949 se incluyó en el artículo 86-2 el principio de responsabilidad del superior al estipular: "El hecho de que la infracción haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad *penal o disciplinaria*, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción" (énfasis añadido).

y sus deberes y su responsabilidad se amplifican, adquiriendo un nuevo tipo, la responsabilidad disciplinaria[36].

La Ley 1448 del 10 de junio de 2011, mejor conocida como la Ley de Víctimas, consagró el Régimen Disciplinario de los funcionarios públicos frente a las víctimas, amplificando la responsabilidad de los funcionarios respecto de las víctimas en Colombia y el papel del Ministerio Público, al tipificar nuevos deberes y faltas gravísimas, adicionando en nuestro criterio los catálogos del artículo 34 y 48 de la Ley 734 de 2002.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha contribuido significativamente en la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado. En efecto, en la Sentencia C-014/04, decidió declarar condicionalmente exequible el artículo 89 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que las víctimas o perjudicados de las faltas disciplinarias que constituyan violaciones del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario también son sujetos procesales y titulares de las facultades a ellos conferidas por la ley.

Sobre la falta disciplinaria gravísima, plantea la Corte la relación inescindible y directa con la violación de derechos del ser humano, en el marco del derecho internacional, destacando que la falta disciplinaria que desconoce el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario determina que la situación de las personas afectadas sea diferente, si se compara la del quejoso y la de la víctima.

Sostuvo la Corte que la falta disciplinaria que desconoce el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario determina que aparezcan perjudicados, indicando que se trata de las víctimas de la falta disciplinaria que desconoce estas preceptivas, estatus que los faculta para intervenir en el proceso disciplinario.

Como se observa, existen leyes, sentencias y doctrina para hacer justicia transicional disciplinaria con enfoque diferencial, lo que debe el Estado es aplicarlas, pero para tal cometido se requiere de una jurisdicción disciplinaria, independiente, imparcial, objetiva, competente, despolitizada, igualitaria, en suma, que el operador o agente jurídico disciplinario esté comprometido con

---

[36] Forero Salcedo, José Rory, *Estado constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2007.

lo que está haciendo y convencido de los valores que inspiran tan noble labor, en beneficio de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

Doctrinalmente, desde la academia se observa una contribución no menos importante en tan encomiable labor[37]. A pesar de que existe un tratamiento diferencial que busca proteger a las víctimas del conflicto armado, pues se evidencia un trato especial que aparece desde la existencia misma de un derecho disciplinario autónomo, que sanciona el genocidio, las masacres, la tortura y las graves infracciones al DIH, que establece términos diferentes de prescripción de la acción disciplinaria en tratándose de investigaciones por estos hechos, que amplía los términos en las diferentes etapas procesales cuando se están investigando estas prácticas aberrantes; la praxis disciplinaria evidencia que aún existen obstáculos para las víctimas en el acceso y la materialización del valor superior de la justicia disciplinaria, lo que obliga por vía doctrinal a replantear, utilizando el enfoque diferencial, la calidad de la víctima dentro del proceso disciplinario y a auscultar temas como la capacidad y eficiencia de los órganos de control para el esclarecimiento de los hechos por este tipo de faltas gravísimas, la naturaleza y efecto de la sanción disciplinaria, la consolidación de la falta disciplinaria de lesa humanidad que lleve a su imprescriptibilidad, y la obligatoriedad de la participación de las víctimas como sujetos procesales, a lo que contribuye sin duda el desarrollo jurisprudencial detallado en precedencia[38].

En suma, con las aportaciones normativas, jurisprudenciales y doctrinales detalladas pensamos que, si bien es cierto que el componente de justicia del SIVJRNR, conforme a lo establecido en el acuerdo final, prevalece sobre las actuaciones penales, disciplinarias o administrativas por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, al absorber la competencia exclusiva sobre dichas conductas, la justicia transicional debe ser especialmente cuidadosa para no entrar en el terreno de la impunidad ante conductas gravísimas violatorias de los derechos humanos, del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional

---

[37] Forero Salcedo, José Rory, *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano: la influencia del derecho comparado*, Universidad libre de Colombia, Bogotá, 2012.

[38] En este sentido, véase nuestra posición en Forero Salcedo, José Rory, "Derechos humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones dese una visión constitucional", *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 14, n.º 1, (2019), pp. 48-55. "La protección constitucional de las víctimas en Colombia, desde la óptica del Derecho disciplinario, con énfasis en la garantía consagrada en la Ley 1448 de 2011".

humanitario, pues respecto a las sanciones o investigaciones disciplinarias, la competencia de la Jurisdicción Especial para la Paz se limita bien a anular o extinguir la responsabilidad o la sanción disciplinaria impuesta por conductas cometidas con ocasión, por causa o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, o bien a revisar dichas sanciones, todo ello a solicitud del sancionado o investigado.

Conclusiones

Desde la justicia transicional en Colombia, la cual focaliza su atención en las víctimas del conflicto armado, y retomando el desarrollo normativo, jurisprudencial y doctrinal que ha experimentado la temática, el enfoque diferencial es considerado como un método, una herramienta, un criterio, una orientación, una categoría, una perspectiva y una forma de análisis, que sirve, de una parte, como guía para que el Estado representado en sus poderes legislativo, ejecutivo, judicial y órganos autónomos e independientes, previa visibilización, pueda desplegar acciones y diseñar políticas públicas, dando un trato diferenciado a los derechos de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, y a los grupos discriminados y marginados, en tanto personas y grupos de especial protección constitucional y convencional.

De otro lado, el enfoque diferencial contribuye en tanto categoría analítica a los operadores o agentes del Estado, como criterio para que en sus actuaciones eliminen las barreras entre los distintos colectivos de la población, dada la discriminación histórica que en la práctica se da por razones de sexo, raza, origen nacional, origen familiar, lengua, religión, opinión política u opinión filosófica, a fin de crearles igualdad en el acceso a las oportunidades en la vida política, económica, social, jurídica, comunitaria y cultural.

Nuestro estudio se focaliza en las víctimas del conflicto armado en Colombia, esto es, en las personas en situación de desplazamiento, los campesinos, líderes sociales, miembros de organizaciones sindicales, defensores de derechos humanos, periodistas y funcionarios de la Rama Judicial y del Ministerio Público; entonces proponemos que el tratamiento que se les debe dar a sus derechos debe involucrar esta herramienta teniendo en cuenta la siguiente tipología, en la medida que a la fuerza y de manera violenta fueron arrastrados por diferentes actores a la guerra.

A continuación se procede a realizar una propuesta que permite una ampliada cobertura a minorías importantes: por el ciclo vital o edad (niños,

niñas, jóvenes, adolescentes y personas mayores); por la situación de discapacidad (personas en condición de discapacidad física o mental o con habilidades o capacidades especiales); por la pertenencia étnica (comunidades indígenas, afrocolombianas, palenqueras, raizales, gitanas); por el género (mujeres, grupo LGBTI); por la condición económica (persona habitante de calle o en extrema pobreza); por la marginación y exclusión social (personas privadas de la libertad y personas en ejercicio de la prostitución); por desconocimiento de las garantías procesales constitucionalizadas en materia sancionadora, penal y disciplinaria (las víctimas del conflicto armado cuando acuden a la tutela judicial efectiva de sus derechos).

Si bien es cierto que en Colombia los enfoques diferenciales vienen contribuyendo de manera determinante en la materialización del principio de igualdad de personas y grupos históricamente discriminados y marginados, también lo es que dentro de este proceso por lograr el respeto, garantía y reparación de las víctimas del conflicto armado, de cara al futuro se hace necesario crear nuevos paradigmas y retos que lleven a la construcción de enfoques complementarios para erradicar las formas de discriminación identificadas.

Evidenciamos que, desde el derecho constitucional contemporáneo del principialismo, la paz no es simplemente la norma o regla constitucional, convencional o universal, sino que tiene una dimensión axiológica, principalmente en sociedades en transición, en donde debe ser considerada como un valor, principio, derecho, deber y garantía que tiene su fuente en la dignidad humana en tanto valor superior, de ahí que la paz se considere un derecho-deber de titularidad difusa y de construcción dialógica.

Constatamos que, como si no existiera el pacto político y social al interior de nuestro Estado realizado en 1991, a pesar de los esfuerzos que se vienen realizando, principalmente desde la jurisdicción y la academia, aún se siente la crisis en lo económico, lo social, lo político y jurídico, consecuencia de las debilidades de nuestra sociedad, por la falta de conciencia y de solidaridad, por la insensibilidad, la deshumanización, en fin, por el irrespeto a los derechos fundamentales de la población, en especial, de quienes se encuentran en condiciones de vulnerabilidad, discriminación, exclusión y marginación, lo que ha dificultado el diseño de verdaderas políticas públicas que logren sacar del papel los derechos de estos grupos de especial protección.

Otra de las grandes sombras ha sido la violencia que padece la población de nuestro Estado, particularmente la sociedad civil, por la intolerancia de los

grupos alejados de la Constitución y de la ley, que al lado de una Administración Pública inoperante se disputan la titularidad del territorio, para realizar actividades ilícitas como el narcotráfico, la minería ilegal y el despojo violento de las tierras de los campesinos, vulnerando en forma sistemática sus derechos fundamentales, circunstancia que genera cada día mayor miseria y desplazamiento forzado, haciendo nugatorio el anhelo de paz del pueblo colombiano, bajo el entendido de que a la paz como derecho y deber solamente se puede llegar por el sendero de la justicia social.

Los quiebres y sombras institucionales descritas tienen una causa común, la corrupción que, en sus diferentes órdenes, es lo que crea injusticia, desigualdad, violencia, marginación, exclusión, al imposibilitar una verdadera inversión social, generando un grave deterioro e inestabilidad institucional, y llevando a la pérdida paulatina de la legitimidad, en cuanto a la forma de gobierno democrático establecida en el ordenamiento superior; muy a pesar de los esfuerzos que igualmente se observan desde la academia, la jurisdicción y el Ministerio Público, con la construcción de un derecho disciplinario autónomo, único en Iberoamérica.

Resulta urgente diseñar en este campo verdaderas políticas públicas de Estado, no solo de gobierno como tímidamente se viene haciendo, que, dentro de la transversalidad de los derechos humanos, aplique este método de análisis, para cambiar el comportamiento de los particulares y de los servidores públicos, a fin de lograr una verdadera cultura de la dignidad, en un escenario de igualdad de oportunidades, como constante y paradigma de respeto y garantía de los derechos de los grupos vulnerables.

Insistimos en programas de capacitación en derechos y deberes incluyentes, que reconozcan la diferencia en todos los escenarios, públicos y privados, y que ayuden a formar personas y ciudadanos comprometidos con los derechos humanos, para así tener en el futuro servidores públicos, honestos, en donde el interés colectivo sea la constante y cumplidores de sus deberes funcionales.

Lo anterior nos permitiría identificar que los verdaderos puntos de equilibrio entre el interés general y la dignidad humana, entre la autoridad y la libertad, entre la seguridad y los derechos fundamentales, dentro de un orden político, económico y social justo, como establece la Constitución de 1991, previa materialización del principio de responsabilidad que todos tenemos dentro del Estado, particularmente la responsabilidad de los poderes públicos,

para no solamente tener Constitución, sino también estar y contar con Constitución para resolver las tensiones constitucionales descritas.

En suma, desde la academia, aspiramos contribuir a que se consolide una justicia transicional que, utilizando este método de análisis, responda a las pretensiones para las cuales fue creada en su génesis, es decir, para garantizar los derechos de las víctimas.

Una justicia penal transicional creada para exigir la responsabilidad de los victimarios dentro del debido proceso. Y una justicia disciplinaria transicional para que respondan los funcionarios y algunos miembros de la fuerza pública, que desplegaron conductas constitutivas de falta disciplinaria gravísima dentro del conflicto, en tanto servidores públicos con relación de sujeción especial intensificada, pero naturalmente con el respeto de las garantías procesales constitucionalizadas.

El propósito nuclear de este capítulo lleva aparejadas tales aspiraciones, genéricas y específicas, y si de las presentes líneas surge por lo menos una luz para lograr una paz real sin adjetivos, construida más desde el territorio que desde el escritorio, sin corrupción, respetando la vida de los líderes y defensores de derechos humanos, sin reclutamiento de niños y niñas para la guerra, con calidad de vida en el campo, con proyectos productivos, con igualdad de oportunidades, en permanente diálogo y armonía con la naturaleza; en suma, una paz con justicia social para el respeto y garantía de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado, en tanto piedra angular del Estado constitucional, social y democrático de derecho colombiano, enhorabuena.

Bibliografía

Alexi, Robert, *Teoría del discurso y derechos humanos*, Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

Colombia, Congreso de la República, Acto legislativo de 2017.

Colombia, Congreso de la República, Constitución Política de Colombia de 1991.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1448 de 2011.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1952 de 2019.

Colombia, Congreso de la República, Ley 1957 de 2019.

Colombia, Congreso de la República, Ley 734 de 2002.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-014, 20 de enero de 2004, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-022, 23 de enero de 1996, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-1076, 29 de abril de 2002, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-124, 18 de febrero de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-125, 18 de febrero de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-181, 12 de marzo de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia C-720, 23 de agosto de 2006, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-083 de 2017, M. P. Alejandro Linares Cantillo.

Colombia, Corte Constitucional, Sentencia T-406, 5 de junio de 1992, M. P. Ciro Angarita Barón.

Convenios de Ginebra de 1949 (primer protocolo adicional de 1977) 8 de junio de 1977, en http://bit.ly/2k4sJba (consultado el 9 de mayo de 2019).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez *vs*. Honduras, 29 de julio 1988.

De Cabo de la Vega, Antonio y Pisarello, Gerardo, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001.

De Sousa Santos, Boaventura, *El pluriverso de los derechos humanos*, Akal, Madrid, 2019.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2012.

Estupiñan Achury, Liliana, Bonilla Montenegro, Julián Darío, Burbano Villamarín, Kenneth, et al., *Constitucionalismo Transicional en Colombia: el derecho a la paz como un deber de construcción dialógica*, Universidad Libre, OPT-IN, Red por el Constitucionalismo Democrático, 2018.

Ferrajoli, Luigi, "El proceso de paz en Colombia y la justicia penal transicional", *Soft Power*, vol. 3, n.º (2016), pp. 19-32.

Forero Salcedo, José Rory, *Fundamentos constitucionales de la potestad disciplinaria del Estado colombiano: la influencia del derecho comparado*, Universidad Libre de Colombia, Bogotá, 2012.

Forero Salcedo, José Rory, "Derechos humanos, enfoque diferencial y construcción de paz. Breves reflexiones dese una visión constitucional", *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 14, n.º (2019), pp. 48-55.

Forero Salcedo, José Rory, "Garantías constitucionales en el ámbito disciplinario de los servidores estatales", *Diálogos de Saberes*, n.º 25 (2007), pp 211-237.

Forero Salcedo, José Rory, "Hacia la excelencia en la administración pública colombiana", *Diálogos de Saberes*, n.º 33 (2010), pp. 13-34.

Forero Salcedo, José Rory, "La protección constitucional de las víctimas en Colombia, desde la óptica del Derecho disciplinario, con énfasis en la garantía consagrada en la Ley 1448 de 2011", *Verba Iuris*, vol. 11, n.º 35, (2016), pp. 85-95.

Forero Salcedo, José Rory, *Estado Constitucional, potestad disciplinaria y relaciones especiales de sujeción*, Instituto de Estudios del Ministerio Público de la Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2007.

Informe del Secretario General de Naciones Unidas. El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos. S/2004/616, párr. 8, en https//undocs.org/es/s/2011/634 (consultado el 9 de julio de 2019.

Lucas Verdú, Pablo, "Tener y estar en Constitución", *Revista de Derecho Político*, de la UNED, n.os 75-76 (2009), pp. 275-285.

Madriñán R., Ramón Eduardo, *El Estado social de derecho*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1997, p. 55.

Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/ (consultado el 9 de mayo de 2019).

Naciones Unidas, Oficina del Alto Comisionado en Derechos Humanos, Intervención de la representante en Colombia del alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en la celebración del Día Internacional de los Derechos Humanos organizada por el Distrito Capital de Bogotá. Publicación dada en Bogotá, D.C., el 7 de diciembre de 2006, para Colombia, en http://bit.ly/2krLzzK (consultada el de 9 de junio de 2019).

Pico Della Mirandola, Giovanni, "Discurso sobre la dignidad del hombre", *Revista Digital Universitaria*, vol. 11, n.º 11 (2010), pp. 3-5.

Rettberg Beil, Angélica, Saffon, María Paula y Uprimny, Rodrigo, "Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional", en Rettberg, Angelika (comp.), *Justicia transicional y justicia restaurativa: tensiones y complementariedades*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2005, pp. 211-232.

Reyes Alvarado, Yesid y Mantilla Falcón, Julissa, *¿Ideología o perspectiva de género en la justicia constitucional?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2019.

Saramago, José, "Este mundo de la injusticia globalizada", *El País*, Bogotá 6 de febrero de 2002, en https://elpais.com/diario/2002/02/06/opinion/1012950006_850215.html

Vanegas Muñoz y Sayed Guillermo, *Fortalecer para negociar, cinco propuestas para la coordinadora guerrillera Simón Bolívar*, Naidí, Bogotá, 1997.

Villalón, Adriana, "Entrevista con Alejandro Castillejo: hablando del otro desde el propio otro o la alteridad como una construcción social", Ankulegi. *Revista de Antropología Social*, n.º 17 (2013), pp. 89-106.

Este libro fue compuesto en caracteres Adobe Caslon
Pro 11,5 puntos e impreso en el año 2020
por Xpress. Estudio Gráfico y Digital, S. A. S.,
en Bogotá, D. C., Colombia



Interculturalidad, protección de la naturaleza y construcción de paz es producto de un proyecto Erasmus+ financiado por la Unión Europea y ejecutado por investigadores vinculados a ocho universidades de Italia, Francia, España, Colombia y Ecuador. El propósito de este libro es plantear la correlación existente entre la necesidad de la protección de la naturaleza como solución de fondo a los conflictos ambientales y las situaciones de superación de la violación sistemática de los derechos humanos que se presentan, precisamente, en los países de mayor riqueza natural, cuya conexión en procura de una respuesta se da desde la interculturalidad, que permite entender los dos fenómenos analizados desde perspectivas distintas a la construcción occidental de la ciencia y el derecho, que sirve para ampliar los referentes académicos más habituales y, por lo tanto, contribuye al fortalecimiento de los valores propios de la democracia contemporánea, en la medida en que este enfoque invita a valorar igualitariamente todos los modos de elaboración y apropiación del conocimiento.



















